Das Geschäftsführungsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Widerspruchsrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt von

Julius Weil

Assessor aus Pirmasens

Buchdruckerei G. Figel, München, Bayerstraße 77a
München 1932

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät (rechtswissenschaftliche
Abteilung) der Universität Tübingen.

Referent: Professor Dr. A. B. Schmidt
23. Juli 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548026_0057

Inhaltsverzeichnis:

§ 1) Einleitung . . . . . Seite 7

I. Recht der Geschäftsführung

§ 2) Der Begriff der Geschäftsführung . . . . . „ 10
§ 3) Umfang der Geschäftsführung . . . . . „ 14
§ 4) Beginn und Ende der Geschäftsführung . . . . . „ 17
§ 5) Die rechtlichen Unterlagen des Geschäftsführungsrechts (Gesetz und Vertrag) . . . . . „ 23
§ 6) Einzelgeschäftsführung . . . . . „ 27
§ 7) Gesamtgeschäftsführung . . . . . „ 31
§ 8) Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters „ 36
§ 9) Geltendmachung der Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung . . . . . „ 42

II. Widerspruchsrecht

§ 10) Begriff und Inhalt des Widerspruchsrechts . . . . „ 45
§ 11) Umfang und Grenzen des Widerspruchs . . . . . „ 49
§ 12) Die Berechtigung zur Erklärung und Empfangnahme des Widerspruchs . . . . . „ 55
§ 13) Geltendmachung und Bekämpfung des Widerspruchs . . „ 63
§ 14) Die Wirkung des Widerspruchs im allgemeinen . . . „ 67
§ 15) Die einzelnen Rechtsfolgen des Widerspruchs . . . „ 73
§ 16) Schlußbetrachtungen . . . . . „ 77

Literaturverzeichnis:

1. Affolter, Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft (Arch. f. bürg. Recht, Bd. 5, S. 1 ff.)
2. Bayer. Verwaltungsgerichtshof, Amtliche Entscheidungssammlung
3. Becker, Grundsätzliche Abweichungen des BGB. von der Societas, 1901
4. Enecceru s, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 2, 28.—30. Aufl., Marburg 1928
5. Cosak, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., 1930
6. Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 2. und soweit erschienen 3. Aufl.
7. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, Bd. I, 1891
8. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung, Wien 1898
9. Gierke, Handelsgesellschaft und Bürgerliches Recht (in Archiv f. bürg. Recht 19, 114)
10. Gierke, Das Handelsrecht in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, Bd. I, 6. Aufl.
11. Haas, Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters, insbesondere seine Rechte und Pflichten gegenüber den übrigen Gesellschaftern, Diss. Aachen 1908
12. Hahn, Kommentar zum ADHGB. I, 1, 4. Aufl., 1894
13. Hamel, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Bonn 1928
14. Heck, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des bürg. Rechts in Festschrift für Gierke 1911
15. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
16. Helmreich-Rock, Bayerische Gemeindeordnung, 3. Aufl., 1931
17. Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft, Leipzig 1894
18. Heyd, Die große Ravensburger Gesellschaft, 1890
19. Hirschfeld, Socienverträge, Berlin 1927
20. Jordan, Die gemischte Gesamtvertretung, Diss., Heidelberg 1928
21. Jansen, Jakob Fugger der Reiche, 1910
22. Jung, Gesamtvertretung, Gesamtvollmacht, Diss., Gießen-Mainz 1909
23. Knoke, Recht der Gesellschaft nach BGB. 1901
24. Könige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs 1929, 2. Aufl.
25. Kormann, Gegensätzliche Handlungen von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbesondere der Gesellschafter einer o.H.G. (Gruchot, Beitr. 57, 497)
26. Laband, Beiträge zur Dogmatik des Handelsrechts (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 30, S. 469 ff. 31, S. 1 ff.)
27. Lehmann, Lehrbuch des Deutschen Handelsrechts, 2. Aufl.
28. Locher, Handels-Wechsel- und Scheckrecht in Stammler Hdbch., 1931
29. Ludewig, Grenzen des Stimmrechts des geschäftsführenden Gesellschafters einer o.H.G. (JW. 1925, S. 2586)
30. Mahnkopf, Rechtsverhältnis zwischen o.H.G. und dem einzelnen Gesellschafter, Berlin 1898

31. Meerfeld, Zur Auslegung des Art. 101 des ADHGB. ZHR. 41, S. 76 ff.
32. Moser, Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der o.H.G. und in der A.G., Diss., Göttingen 1925
33. Möller, Die o.H.G. im deutschen, österreichischen, schweizerischen und tschechoslowakischen Recht, ein Vergleich, Diss., Erlangen 1929
34. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., 1928
35. Müller-Erzbach, Zum Gesellschaftsrecht in Arch. für ziv. Pr. 106, S. 309 ff.
36. Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, 1930
37. Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1928, 1929, 1930, 1931
38. Oelfke, Unterschiede der o.H.G. von der Gesellschaft des bürg. Rechts, Diss., 1903
39. Markus, Gesellschaft des BGB. und Konkurrenzverbot des § 112 HGB. (Recht 1906, S. 674)
40. Plathner, Über die Schutzmittel der Teilhaber von o.H.G.'en. gegen Unredlichkeit ihrer Genossen in Gruchot, Beitr. 37, S. 68 ff.
41. Rehme, Das rechtliche Wesen der großen Ravensburger Gesellschaft in Savigny, ZRG. (G.) Bd. 47, 1927, S. 487 ff.
42. Reichsgericht, Amtliche Entscheidungssammlung
43. Renaud, Das Recht der Komm.-Gesellsch., Leipzig 1881
44. Reusels, Die Unterschiede der o.H.G. von der Gesellschaft des bürg. Rechts, 1905
45. Rümelin, Culpahaftung und Kausalhaftung in Arch. für ziv. Pr. 88, S. 285 ff.
46. Schlegel, Allgemeine und besondere Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters, Diss., 1914
47. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1915
48. Schulte, Geschichte der großen Ravensburger Gesellschaft, 2 Bde., 1923
49. Seiler, Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter des Handelsrechts, ungedr. Diss., Göttingen 1923
50. Seibertz, Urk.B. zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogtums Westfalen, Bd. I
51. Silberschmidt, Gesellschaftsähnl. Rechtsverhältnisse (ZHR. 79, 485)
52. Staub, Kommentar zum HGB., Bd. I, 1, 12. und 13. Aufl., 1926—1927
53. Staudinger, Kommentar zum BGB., Teil I, II, 3, 9. Aufl., 1929
54. R.G.R., Kommentar zum BGB., 2. Bd., 6. Aufl., 1928
55. Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerl. Rechts im Stadium der Liquidation (Fischers Abh. 17), 1908
56. Zielniski, Grundtypvermischungen und Handelsgesellschaften (Heymanns Abhandlungen 40)

§ 1. Einleitung

Die ersten gesellschaftsähnlichen Gebilde sind aus dem Bestreben heraus entstanden, die Kapitals- und Arbeitskraft des Einzelnen durch die Zusammenfassung von Kapital und Arbeitskraft mehrerer zu verstärken. Das Zusammengehen mehrerer Wirtschaftsträger war deshalb am Anfang der wirtschaftshistorischen Entwicklung eine Angelegenheit, die nur die Beteiligten anging und an der die Außenstehenden keinen näheren Anteil nahmen. Man erfaßte daher die Gesellschaft und die damit zusammenhängenden Rechtsprobleme nur von innen heraus, vom Standpunkt des Gesellschafters. Soweit die Gesellschafter ihre rechtlichen Beziehungen regelten, dachten sie nur an das Innenverhältnis, wie Gewinnverteilung usw. An eine Regelung des Außenverhältnisses dachte man schon deshalb nicht, weil man überhaupt nicht zwischen Innen- und Außenverhältnis schied. Eine klare Scheidung dieser Begriffe hat sich erst allmählich herausgebildet. Erst im Laufe der späteren Entwicklung trat das Bedürfnis ein, diejenigen, die mit den gesellschaftsähnlichen Gebilden in Rechtsbeziehungen traten, gegen einen Mißbrauch der Gesellschaftsform zu schützen, der bei der häufig undurchsichtigen Beteiligung mehrerer Personen leicht möglich war. Dieses Bedürfnis des Rechtsverkehrs führte dann, verhältnismäßig spät, zur Regelung des Gesellschaftsrechtes durch den Gesetzgeber. Da die treibenden Kräfte, die zu einer gesetzgeberischen Initiative führten, aus den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs erwuchsen, so erstreckten sich naturgemäß die ersten gesetzgeberischen Maßnahmen auf das Außenverhältnis. Zu einem Vorgehen des Gesetzgebers kam es auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts, wie auch sonst, erst dann, als bereits ein blühendes Gesellschaftsleben vorhanden war. Dann stellte sich das oben gekennzeichnete Interesse des Rechtsverkehrs ein. Innen- und Außenverhältnis wurden von dem Gesetzgeber in diesem Stadium der Entwicklung noch nicht geschieden, da er nur den Schutz des Rechtsverkehrs, also überhaupt nur das Außenverhältnis im Auge hatte.

Erst viel später, als durch die zunehmende Komplizierung des Wirtschaftslebens auch die Gefahr des Mißbrauchs der Gesellschaftsform im Innenverhältnis in den Gesichtskreis des öffentlichen Interesses trat, ergab sich die Notwendigkeit einer Regelung des Innenverhältnisses. Nunmehr hatte der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht zwei Interessenkreise zu berücksichtigen: Das Interesse des Rechtsverkehrs an einer klaren und eindeutigen Regelung der Beziehungen der Gesellschaft nach außen und das Interesse der Gesellschafter und insbesondere der Gesellschafts-„Aspiranten", derjenigen, die Gesellschafter werden sollten, an einer Verhütung von Mißbräuchen der Gesellschaftsformen im Innenverhältnis. Da nunmehr auch das weitere Problem zutage trat, die beiden Interessenkreise zu trennen, konnte sich allmählich auch eine begriffliche

Scheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung herausbilden. Diese Entwicklung läßt sich deutlich am mittelalterlichen deutschen Gesellschaftsrecht aufzeigen:

Der erste im mittelalterlichen Deutschland auftauchende Unternehmerverband ist die Kommenda. Sie besteht schon lange Zeit, bevor sie urkundlich nachweisbar ist, d. h. bevor sie gesetzgeberisch geregelt wurde.[1]) Erstmals erscheint die Kommenda im Soester Stadtrecht von 1120, Art. 30, wo nur vom Innenverhältnis die Rede ist.[2]): „Wenn jemand einem Mitbürger bona ad negociandum mitgibt, soll der Gewinn zwischen dem Kapitalisten und dem Reisenden geteilt werden." Eine eingehende Regelung der Kommenda enthält diese Quelle nicht. Die Kommenda blüht besonders im 14. Jahrhundert im Überseeverkehr der Hansastädte. Sie war eine Gelegenheitsgesellschaft zum Zwecke des auswärtigen Handels. Die Vertragsgegner der Kommenda, die Außenstehenden, die mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr traten, waren keine Mitbürger und deshalb auch nach der damaligen Rechtsauffassung keine Rechtsgenossen. Ein gesetzgeberisches Interesse, sie zu schützen, bestand für den damaligen Gesetzgeber nicht.

Mit der Kommenda hatte die im 16. und 17. Jahrhundert auftauchende Wedderleginge (kontra positio, rekte kumpanie, collegantia) große Ähnlichkeit, bei der beide Teile, auch der Geschäftsführer, Kapital einlegten. Nach einigen Schriftstellern ist diese Gesellschaftsform mit der Kommenda identisch. Diese Anschauung ist aber sicherlich nicht zutreffend, das Verhältnis zwischen Geschäftsführern und den übrigen Gesellschaftern ist bei beiden Gesellschaftsformen grundverschieden geregelt. Das Außenverhältnis spielt bei diesen Gesellschaftsformen noch keine Rolle, da der handelnde Gesellschafter nach außen hin, ebenso wie bei der Kommenda, in eigenem Namen auftrat.

Von den Gesellschaften dieser Zeitperiode interessiert besonders die große Ravensburger Gesellschaft, die die bedeutendste deutsche Handelsgesellschaft des 14. und 15. Jahrhunderts darstellt. Während die wirtschaftliche Bedeutung dieser Gesellschaft heute fast völlig klar gestellt ist, begegnen der rechtlichen Ausdeutung große Schwierigkeiten.[3]) Die Quellen des Ravensburger und Konstanzer Stadtrechts versagen vollständig.[4]) Es zeigt sich gerade hier, daß der Gesetzgeber von den Handelsgesellschaften, insbesondere von ihrem inneren Aufbau nahezu keine Notiz genommen hat. Die große Ravensburger Gesellschaft kann im Außenverhältnis wohl als Vorläuferin der offenen Handelsgesellschaft bezeichnet werden, besonders weil sich allmählich eine Solidarhaftung der Gesellschafter herausgebildet hat. Im Innenverhältnis, soweit es mangels nähe-

[1]) Müller-Erzbach, H. R. I, S. 174 f.
[2]) Seibertz, U.B. zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogtums Westfalen, Bd. 1, Urkunde 42
[3]) Vgl. Schulte, Geschichte der großen Ravensburger Gesellschaft, Bd. I, S. 87 ff.; Rehme in ZRG. (G.) 47, S. 487 ff.
[4]) Schulte, a. a. O., S. 87

rer Quellen einer rechtlichen Beurteilung unterzogen werden kann, zeigt sie dagegen mehr Anklänge an die Kapitalgesellschaften. Das ist wohl in der Hauptsache auf die große Zahl der beteiligten Gesellschafter zurückzuführen.[5]) Die Mehrzahl der kleineren deutschen Handelsgesellschaften, über die noch weniger Material vorliegt als über die großen Gesellschaften, entwickelte sich aus den Gamerbengemeinschaften, das sind Gesellschaften zwischen Brüdern zur Fortsetzung des väterlichen Geschäfts.[6]) Sie sind als die eigentlichen Vorläufer der offenen Handelsgsellschaft zu bezeichnen.

Die bekannteste deutsche Handelsgesellschaft des ausgehenden Mittelalters, die Fuggergesellschaft in Augsburg, baut in vielerlei Hinsicht, insbesondere in rechtlicher, auf der großen Ravensburger Gesellschaft auf.[7]) Das gilt insbesondere für das Verhältnis nach außen, wie es sich aus dem Gesellschaftsvertrag von 1914 ergibt.[8])

Das Bedürfnis nach eingehender gesetzlicher Regelung trat in Frankreich schon früher auf als in Deutschland. Bereits 1673 wurde in der „Ordonnance sur le commerce" die „société generale" geordnet. Dieses Gesetz bezog sich in der Hauptsache auf das Außenverhältnis, da der unmittelbare Anlaß zum gesetzgeberischen Eingreifen das Überhandnehmen von mißbräuchlichen Verwendungen der Gesellschaftsformen unter Täuschung der Außenstehenden war. Die société generale wurde das Vorbild der „société en nom collective" des code Napoléon, der nunmehr erstmals eine begriffliche Scheidung des Innen- und Außenverhältnisses und der Geschäftsführung und Vertretung, vornahm. Eine klare Scheidung dieser Begriffe gab es aber erst in der neuesten Zeit mit zunehmender Komplizierung der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB.) lehnte sich in seinem Gesellschaftsrecht eng an das französische Recht an. Es führte die dort nur angedeuteten Rechtsgedanken konsequent weiter und brachte eine im einzelnen durchgeführte Trennung von Geschäftsführung und Vertretung. Die Vorschriften des geltenden Rechts sind somit in den Grundzügen aus dem code de commerce übernommen. Schon dort bildete die Einzelgeschäftsführung der Regelfall. Das Widerspruchsrecht („veto") war ebenfalls schon darin enthalten. Das geltende Recht stellt eine Weiterentwicklung des napoleonischen Systems dar. Die Auflösung der Verwaltung in Geschäftsführung und Vertretung wurde systematisch durchgeführt. Die Funktionen der Gesellschaft im Innern und nach außen wurden völlig unabhängig voneinander geordnet. Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Innenfunktion der Gesellschaft und besonders das wichtigste Rechtsinstitut der Normal-Gesellschaft, das Widerspruchsrecht, im einzelnen zu behandeln.

---

[5]) Schulte, a. a. O., S. 92
[6]) Goldschmidt, Universalgesch., S. 287 ff.
[7]) Heyd, Die große Ravensburger Gesellschaft, S. 1
[8]) Jansen, Jakob Fugger der Reiche, S. 263 ff.

1. Die Geschäftsführung

§ 2. Der Begriff der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung wurde, wie bereits in § 1 ausgeführt wurde, erst von der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts begrifflich von der Vertretung geschieden. Unter dem unklaren Begriff der Verwaltung hatte man früher beides, Geschäftsführung und Vertretung, zusammengefaßt. Es ergaben sich daraus viele Streitfragen. Das ADHGB. und das geltende Gesetz haben zwar die beiden Begriffe scharf getrennt. Trotzdem bestehen auch jetzt noch Zweifelsfragen, die auf die Vermengung dieser Begriffe zurückzuführen sind und wiederholt Anlaß zu höchstrichterlicher Entscheidung gaben.

Eine Reihe von Schriftstellern haben den Begriff der Geschäftsführung festzulegen versucht. Mahnkopf[1]) definiert Geschäftsführung als „die nach innen wirkende und nur im Innern der Gesellschaft in Betracht kommende Seite der Verwaltung aller Gesellschaftsgeschäfte". Diese Begriffsbestimmung läßt einen Gesichtspunkt unberücksichtigt. Sie scheidet nicht die gesellschaftsbegründenden und organisierenden Handlungen aus. Sie wäre allenfalls für die Geschäftsführung der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft zutreffend. Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft ist dagegen durch § 116 Abs. I weit eingeschränkter. Sie umfaßt bei dieser Gesellschaft nicht die Verwaltung aller, sondern nur solcher Geschäfte, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Schlegel[2]) definiert die Geschäftsführung (der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft) als Besorgung der Geschäfte der Gesellschaft. Den Begriff der Geschäfte will er dabei im weitesten Sinne verstanden wissen. Er rechnet sowohl rein tatsächliche Handlungen, wie Buchführung oder Korrespondenz, als auch den Abschluß von Rechtsgeschäften dazu, insbesondere diejenige Tätigkeit, die zur Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und zur Erreichung des Gesellschaftszweckes nötig ist. Diese Begriffsbestimmung läßt die Abgrenzung auf die innere Seite der Gesellschaftsgeschäfte vermissen. Schlegel schließt bei der Kommentierung seiner Begriffsbestimmung die gesellschaftsbegründenden und organisierenden Handlungen dadurch aus, daß er die Geschäfte der Einzelnen nicht unter die Geschäftsführung rechnet und die Gründungshandlungen als Geschäfte

[1]) Rechtsverhältnis zwischen o.H.G. und dem einzelnen Gesellschafter, S. 17
[2]) Allgemeine und besondere Pflichten des Geschäftsführenden, S. 13

des Einzelnen bezeichnet. Diese Auslegung trägt aber der tatsächlichen Rechtslage nicht genügend Rechnung. Denn die Begründung und Organisation der Gesellschaft ist nicht das Geschäft eines einzelnen, sie ist im Gegenteil ein Sozialakt, Gesamtakt, der schon begrifflich das Zusammenwirken aller Gesellschafter voraussetzt. Der von Schlegel gewählte Weg ist daher nicht gangbar. Im übrigen gilt die Schlegelsche Definition nur für die bürgerlich rechtliche Gesellschaft.

Hergenhahn-Tuchatsch[3]) begreift unter Geschäftsführung alle auf die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bezüglichen Handlungen, und zwar insoweit das Verhältnis der Gesellschafter zueinander, das innere Verhältnis in Frage kommt. Diese für das Recht des ADHGB. geltende Definition ist auch heute noch zutreffend, nur läßt auch sie den Ausschluß der gesellschaftsbegründenden und organisierenden Handlungen außer Betracht. Die Begrenzung auf die Handlungen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, kommt bei Hergenhahn-Tuchatsch im Laufe seiner weiteren Ausführungen[4]) zum Ausdruck.

Haas[5]) führt aus, der Oberbegriff der Geschäftsführung und Vertretung sei die „Verwaltung". Das Wesentliche sei aber die Geschäftsführung. Eine Gesellschaft ohne Geschäftsführung sei schlechthin undenkbar, dagegen sei eine Gesellschaft ohne Vertretung zwar nicht praktisch und häufig, aber durchaus möglich. Zu einer klaren Begriffsbestimmung kommt Haas nicht. Wenn man seine Ausführungen zusammenfaßt, so ist nach ihm Geschäftsführung die verwaltende Tätigkeit der Gesellschafter, die sich auf den Abschluß von Rechtsgeschäften und auf tatsächliche Leistungen, Arbeiten und Verrichtungen bezieht mit Ausnahme der Handlungen, die den Bestand oder die Organisation der Gesellschaft betreffen. Haas übergeht dabei die klare Trennung von Geschäftsführung und Vertretung, die Beschränkung der Geschäftsführung auf das Innenverhältnis.

Unter Berücksichtigung der obengestreiften Gesichtspunkte wird man die Geschäftsführung im Sinne des HGB. als die auf Grund des Gesellschaftsvertrages durch Gesellschafter vorgenommene Besorgung der Geschäfte, die das Handelsgewerbe der Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt, im Innenverhältnis mit Ausnahme der gesellschaftsbegründenden und organisierenden Geschäfte verstehen müssen.

Die Abgrenzung der Geschäftsführung von der Vertretung ergibt sich aus der Beschränkung der ersteren auf das Innenverhältnis. Das Verhältnis zwischen Geschäftsführung und Vertretung ist aber nicht etwa so, daß die Vertretung das genaue Abbild der Geschäftsführung nach außen darstellen würde. Die Geschäftsführung reicht vielmehr in mancher Hinsicht weiter, in mancher weniger weit, als die Vertretung. Die Geschäftsführung umfaßt auch t a t s ä c h l i c h e

[3]) Die offene Handelsgesellschaft, S. 102
[4]) A. a. O., S. 103
[5]) Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters, Tübingen 1908, 1909, S. 2 ff.

Handlungen, wie Führung der Bücher, der Korrespondenz usw., die Vertretung erschöpft sich ihrem Wesen nach in der Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen für die Gesellschaft gegenüber Dritten. Zu den Rechtsgeschäften gehört auch die Führung von Prozessen. Die Prozeßrechtsgeschäfte können mit Wirkung nach außen nur von den Vertretern der Gesellschaft getätigt werden.[6])

Die Vertretung reicht insoweit beträchtlich weiter als die Geschäftsführung, als sie nicht auf die Geschäfte beschränkt ist, die der Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, vielmehr Rechtsgeschäfte jeder Art umfaßt. Dagegen gehören Handlungen, die sich auf Gründung, Beendigung oder Organisation der Gesellschaft beziehen, ebensowenig zur Vertretung, wie zur Geschäftsführung. Die Vertreter der Gesellschaft können niemals mit Dritten oder allein, ohne Mitwirken der übrigen Gesellschafter, mit dinglicher Wirkung die Auflösung der Gesellschaft vereinbaren. Möglich ist allerdings der Abschluß eines obligatorischen auf die Auflösung oder — was häufiger vorkommt — Fusion der Gesellschaft gerichteten Vertrags. Die Auflösung selbst kann aber nur durch Beschluß aller Gesellschafter (nicht etwa nur der geschäftsführenden) mit Wirksamkeit nach innen und nach außen beschlossen werden.[7]) Eine sehr komplizierte Regelung trifft das Gesetz für den Widerruf der Prokura. Der Widerruf der Prokura kann ohne Rücksicht darauf, ob Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist, von jedem Geschäftsführer erklärt werden.[8]) Dieser Widerruf wirkt aber lediglich im Innenverhältnis. Der Widerruf nach außen hin gehört zur Vertretung. Der Widerruf durch einen Geschäftsführer hat nur im Innenverhältnis Wirkung. Er wirkt vor allem nicht im Verhältnis zu dem Prokuristen, denn dieser ist im Verhältnis zur Gesellschaft Außenstehender, Dritter.[9]) Das ist allerdings sehr bestritten. Manche Schriftsteller zählen das Verhältnis zum Prokuristen zum Innenverhältnis und lassen die Prokura auch mit Wirkung gegen den Prokuristen schon mit der Erklärung des Widerrufs durch einen Geschäftsführer enden.

Unter der Herrschaft des ADHGB. war es sehr umstritten, ob die Eidesleistung im Prozesse zur Geschäftsführung oder zur Vertretung gehörte. Das ROHG. mußte sich in mehreren Entscheidungen mit dieser Frage befassen.[10]) Rechtslehre und Praxis entwickelten schon früh den Grundsatz, daß die Eidesleistung zur Vertretung gehöre.

Das neue HGB. hat in § 126 bestimmt, daß die Vertretungsmacht sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen erstrecke. Trotz dieser klaren und eindeutigen Fassung des Gesetzes gelangte die

---

[6]) § 126 HGB.
[7]) § 131 Z. 2 HGB.
[8]) § 116 Abs. 3, Satz 2
[9]) Ebenso Staub, Komm. z. HGB. Bd. I Anm. 10 zu § 126
[10]) Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O., S. 216 ff.; ROHG. 21, 345 ff.; Erk. d. Handelsger. Nürnberg v. 12. 6. 65 in Busch Arch. 7, S. 362

Frage nicht zur Ruhe, ob Parteieide nur von vertretungsberechtigten oder auch von den Geschäftsführern oder von den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern zu leisten seien. Sie beschäftigte wiederholt Rechtsprechung und Wissenschaft. Das Reichsgericht (RG.) hat mit Recht wiederholt entschieden, daß die Eidesleistung ein Akt der Vertretung sei und daß daher die Eideszuschiebung nur an die vertretungsberechtigten Gesellschafter zulässig sei.[11]) Die Eidesleistung ist ein Prozeßrechtsgeschäft. § 126 rechnet aber alle gerichtlichen und außergerichtlichen, also auch die prozessualen Rechtsgeschäfte zur Vertretung. Zu einer abweichenden Ansicht kann man nur dann gelangen, wenn man den Parteieid nicht als Prozeßrechtsgeschäft ansieht. Diese Frage ist wohl heute die bedeutendste Grenzstreitigkeit zwischen Geschäftsführung und Vertretung, die überhaupt noch erörtert wird. Die meisten übrigen Fragen auf diesem Gebiete wurden durch die Neufassung des Gesetzes geklärt.

Aus der Zweckbestimmung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung ergibt sich ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal: Die Bestimmungen des Gesetzes über die Geschäftsführung dienen, wie bereits angeführt, zur Regelung des Innenverhältnisses. Sie berühren den Rechtsverkehr mit Außenstehenden nur wenig und nur mittelbar. Die Ordnung der Geschäftsführung unterliegt daher allgemein der freien Disposition der Gesellschaft. Die Gesetzesvorschriften, die sich auf die Geschäftsführung beziehen, sind daher zum größten Teil nachgiebigen Rechtes. Im Gegensatz hierzu erfordert der Rechtsverkehr, d. h. die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, eine Offenkundigkeit der Verhältnisse. Diese wird dadurch erreicht, daß eine Abweichung von der Regel des Gesetzes soweit als möglich erschwert wird, damit jeder mit den vom Gesetzgeber getroffenen Bestimmungen rechnen kann, der mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt. Das führt zu dem Ergebnis, daß die den Rechtsverkehr behandelnden Vorschriften über die Vertretung der Gesellschaft nach außen, §§ 126 ff. HGB. in der Regel zwingendes Recht sind und sein müssen. Als Auslegungsregel hat hier zu gelten, daß eine Änderung der Bestimmungen des Gesetzes nur dann zulässig ist, wenn das Gesetz sie ausdrücklich für zulässig erklärt.

---

[11]) Staub, a. a. O., Anm. 12 zu § 124 Stein-Jonas, Komm. z. Z. P. O. Anm. II zu § 473; Eccius ZHR. 32, 1 ff.; Thiele, Ziv.-Arch. 82, 61 ROHG. 21, 342; RG. 14, 20; 17, 369; RG. v. 29. 3. 84 in JW. 171; RG. v. 3. 5. 98 in Seuff. A. 53, 473; Gruch. Beitr. 48, 100; OLG. Kiel in Seuff. A. 40, 328; OLG. Hamburg in Hans. Rspr. 18, 24; Braunschweig 56, 231; RG. 32, 398 A. A. Wach Handb. d. Z. R. 1, S. 531; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 600, Franke Ziv.A. 114, 360 und in Recht 1910, 375

§ 3. Umfang der Geschäftsführung

Der Kreis der Geschäfte und Handlungen, die zur Geschäftsführung zählen, ist von der Bestimmung des Begriffes der Geschäftsführung abhängig. Wer den Begriff weit faßt, wird die Grenzen weiter ziehen, als der, der dem Begriff der Geschäftsführung nur eine engere Auslegung gibt. Maßgebender Leitgedanke muß auch hier sein, die vom Gesetzgeber gewollte Berücksichtigung der einzelnen beteiligten Interessengruppen zu erkennen und erforderlichenfalls sinnentsprechend weiterzuführen.

Unter die Geschäftsführung fallen, wie oben dargelegt wurde, sowohl Rechtsgeschäfte, als auch tatsächliche Verrichtungen, wie Buchführung, Korrespondenz usw. Handlungen beider Gruppen sind in vielen Fällen unlöslich miteinander verbunden, wie folgende Beispiele zeigen: Die Gesellschaft X. & Co. betreibt ein offenes Ladengeschäft, in dem ein Gesellschafter als Verkäufer tätig ist. Verkauft nun dieser an einen Kunden irgend einen Gegenstand, so ist die Entscheidung darüber, ob der Kauf abgeschlossen werden soll, Sache der Geschäftsführung, und zwar der rechtsgeschäftlichen. Der Abschluß des Kaufs ist hinsichtlich der Wirkung nach außen Sache der Vertretung. Die körperliche Übergabe ist ein Akt der tatsächlichen Geschäftsführung. Der Eintrag eines Geschäftsvorgangs in die Bücher der Gesellschaft durch einen geschäftsführenden Gesellschafter ist ein Akt der tatsächlichen Geschäftsführung. Die rechtsgeschäftlichen Geschäftsführungsakte stehen immer mit Vertretungshandlungen in einem nahen Zusammenhang, sie sind gleichsam die Kehrseite, das negative Abbild von Vertretungshandlungen. In rechtlicher Hinsicht sind aber Geschäftsführung und Vertretung auch in diesen Fällen völlig unabhängig voneinander. Die Wirkung nach innen bemißt sich nach den für die Gesellschaft geltenden Grundsätzen über die Geschäftsführung, für die Wirkung nach außen sind die Vorschriften über die Vertretung maßgebend. Ein derartiges Geschäft kann also nach außen rechtswirksam sein, während es im Innenverhältnis der Wirksamkeit entbehrt. Auch der umgekehrte Fall, Wirksamkeit nach innen und Unwirksamkeit nach außen kann vorkommen, wird aber bei weitem seltener sein. Die durch die in § 2 dargelegte Begriffsbestimmung gezogenen Grenzen gelten in gleicher Weise für die tatsächliche, wie für die rechtsgeschäftliche Geschäftsführung. Die Geschäftsführung ist beschränkt auf das *Innenverhältnis*, d. h. unter die Geschäftsführung fallen nur die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern. Begrifflich gibt die Abgrenzung in dieser Hinsicht zu wenig Zweifel Anlaß. An

den obigen Beispielen wurde die Scheidung der Begriffe Geschäftsführung und Vertretung dargelegt. Zusammenfassend ist noch einmal zu sagen, daß zur Geschäftsführung nur Rechtshandlungen und tatsächliche Verrichtungen in Hinsicht auf das Innenverhältnis gehören.

Eine weitere Grenze stellt die Beschränkung auf die im Handelsgewerbe der Gesellschaft gewöhnlichen Handlungen dar. Dazu gehören aber nicht etwa bloß die im Gesellschaftsvertrag genannten Handelsgeschäfte, die gesellschaftlichen Zweckgeschäfte. Auch die zur Abwicklung dieser Geschäfte erforderlichen Rechtshandlungen fallen darunter, wie z. B. Führung von Rechtsstreitigkeiten, Veräußerung von im Tauschweg erworbenen Waren. Weiter gehören hierher auch alle diejenigen Handlungen, die sich auf die Verwaltung, Erhaltung und Anlegung des Gesellschaftsvermögens beziehen.[1])

Zweifelhaft ist es, ob der Geschäftsführer berechtigt ist, Gesellschaftsbeiträge einzutreiben. Durch die Beitreibung der Beiträge soll die Gesellschaft erst hergestellt werden. Man rechnet deshalb die Beitreibung teilweise zu den gesellschaftsorganisierenden Handlungen und schließt sie damit aus dem Kreise der Geschäftsführungshandlungen aus.[2]) Diese Ansicht ist aber nicht zutreffend. Zur Organisation der Gesellschaft gehört nur die Regelung der Beitragsleistung und auch der Beitragsbeitreibung im allgemeinen. Die Beitreibung einzelner rückständiger Beiträge stellt aber bereits eine Funktion der Gesellschaft dar und gehört daher zur Geschäftsführung.[3]) Haas führt zur Begründung seiner abweichenden Ansicht an, der Anspruch auf die Beitragsleistung stehe nicht der Gesellschaft als solcher, sondern dem einzelnen Gesellschafter zu, durch die Beitragsleistung werde die Gesellschaft überhaupt erst hergestellt. Diese Ansicht ist aus den angeführten Gründen abzulehnen. Die Beitreibung der Beiträge ist ebenso eine Funktion der Gesellschaft, wie etwa die Beitreibung von anderen Forderungen. Weder die Rücksicht auf Gesellschaftsinteressen noch auf gesellschaftliche Nachinteressen noch auf beachtliche Individualinteressen zwingt zu einer Scheidung von den übrigen Gesellschaftsfunktionen.

Mit diesem Problem haben wir bereits eine weitere Beschränkung der Geschäftsführung berührt. Zur Geschäftsführung gehören die Handlungen nicht, die die Gründung oder Organisation der Gesellschaft betreffen. Sie scheiden schon begrifflich aus dem Kreise der Geschäftsführungshandlungen aus. Hergenhahn-Tuchatsch rechnet auch die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehenden Geschäfte, wie auch die gesellschaftsbegründenden und organisierenden Handlungen zur Geschäftsführung. Es handelt sich nach ihm hierbei nur um Geschäftsführungshandlungen, die bestimmten weiteren Voraussetzungen unterliegen. Demgegenüber ist aber doch darauf hinzuweisen, daß ein grundlegender Unterschied zwischen den gewöhnlichen Geschäftsführungshandlungen und diesen unter Umständen für die Existenz der Gesellschaft bedeu-

[1]) Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O., S. 103
[2]) Haas, a. a. O., S. 4
[3]) Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O.

tungsvollen Geschäften besteht. Die Interessenlage ist eine völlig verschiedene. Die Gesellschafter schließen sich im Gesellschaftsvertrag unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Zwecke des Abschlusses von bestimmten Geschäften zusammen. Mit dem Abschluß all dieser Geschäfte, die beim Betrieb des Gesellschaftsunternehmens zu erwarten stehen, rechnen die Gesellschafter schon von Anfang an und insoweit geben sie den Gesellschaftern, denen die Geschäftsführung übertragen wird, freie Hand. Ihre Individualinteressen können sie bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in hinreichender Weise sichern. Dagegen haben sie bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags in keiner Weise für die Sicherung ihrer Interessen im Falle der Vornahme von gesellschaftszweckfremden oder organisierenden Geschäften Sorge tragen können. Wegen ihrer unter Umständen weittragenden Bedeutung sind daher diese Geschäfte von den Geschäftsführungshandlungen zu scheiden. Diese Trennung hat eine Parallele im Staatsrecht: Die Verfassungsänderungen sind begrifflich und praktisch etwas ganz anderes, als die übrigen Akte der Gesetzgebung und Verwaltung. Die gesellschaftsfremden und organisierenden Handlungen stellen gleichsam Verfassungsänderungen im Gesellschaftsleben dar.

Auch die tatsächlichen Geschäftsführungshandlungen unterliegen den oben dargelegten Einschränkungen. Es sind auch rein tatsächliche Handlungen denkbar, die nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören oder die eine Änderung des Gesellschaftsvertrages darstellen:

Eine Gesellschaft, die zum Zwecke der Fabrikation von Leder gegründet ist, will zur Herstellung von Papier übergehen. Die zur Lederfabrikation dienenden Maschinen sollen fortgebracht werden. Die Entscheidung über die Fortschaffung dieser Maschinen stellt nicht einen Akt der tatsächlichen Geschäftsführung dar. Denn die Fortschaffung der Maschinen stellt keine Handlung dar, die der Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags würde es auch sein, wenn eine zum Zwecke der Bewirtschaftung eines Hausanwesens gegründete Gesellschaft über den Abbruch des Hauses Beschluß fassen wollte. Auch diese rein tatsächlichen Handlungen können im Innenverhältnis wirksam nur unter Beachtung der für Vertragsänderungen geltenden Vorschriften beschlossen werden.

§ 4. Beginn und Ende der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung hat immer im Gesellschaftsvertrag ihre Grundlage, sei es, daß darin eine ausdrückliche Regelung getroffen ist, sei es, daß mangels einer solchen die gesetzlichen Regeln Platz greifen. Im ersteren Falle spricht man von einer übertragenen Geschäftsführung.

Der weitaus häufigste Fall ist aber die stillschweigende Übernahme der gesetzlichen Regeln der §§ 114, ff. Jeder Geschäftsführer ist dann allein geschäftsführungsberechtigt. Über den Zeitpunkt des Beginnes der Geschäftsführung enthält das Gesetz keine Vorschrift. Dieser Zeitpunkt muß daher nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt werden. Die Geschäftsführung stellt eine Funktion der Gesellschaft dar. Der Zeitpunkt ihres Beginns fällt daher in der Regel mit dem Beginn der Gesellschaft im allgemeinen zusammen Aber auch darüber enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Lediglich der Zeitpunkt des Beginnes der Gesellschaft nach außen ist in § 123 HGB. zwingend festgelegt. Nach außen beginnt die Gesellschaft spätestens mit dem Eintrag in das Handelsregister und wenn sie schon vorher ihre Geschäfte betreibt, mit dem Geschäftsbeginn. Im Innenverhältnis wird der Gesellschaftsvertrag in der Regel mit seinem Abschluß wirksam. In diesem Zeitpunkt beginnt daher im allgemeinen auch die Geschäftsführung. Der Zeitpunkt des Beginnes der Gesellschaft im Innenverhältnis wird meist vor den Beginn der Gesellschaft im Außenverhältnis fallen. In Einzelfällen kann er aber auch mit ihm zusammenfallen oder ihm zeitlich sogar nachgehen. Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn die Anmeldung zum Handelsregister zwar ohne vorherige Einwilligung, aber mit nachträglicher Genehmigung durch die übrigen Gesellschafter seitens eines Gesellschafters vorgenommen wird. Die Gesellschaft ist im Außenverhältnis bereits mit der Anmeldung wirksam entstanden. Von einem Beginn der Gesellschaft im Innenverhältnis und von einem Beginn der Geschäftsführung kann erst von dem Zeitpunkt der Genehmigung an die Rede sein. Vorher kann es sich höchstens um Geschäftsführung ohne Auftrag handeln. Über den Beginn der Gesellschaft im Innenverhältnis können die Gesellschafter frei disponieren. Wenn allerdings die Gesellschaft nach außen bereits wirksam entstanden ist, so ist der späteste Zeitpunkt, auf den die Gesellschafter den Beginn der Gesellschaft im Innenverhältnis festlegen können, der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Weiter hinaus kann der Beginn der Gesellschaft auch nach innen nicht verlegt werden. Denn eine Gesellschaft ist nur dann existent, wenn sie sowohl nach außen,

als auch nach innen fungiert. Eine Gesellschaft ohne Innenverhältnis ist ein Widerspruch in sich selbst. Sie ist nur insoweit zulässig, als das Gesetz es ausdrücklich vorsieht: In dem eben dargelegten Fall, daß infolge Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten als existent gilt, während sie in Wirklichkeit noch gar nicht besteht. Die „Außengesellschaft" in dem hier gebrauchten Sinn ist keine eigentliche offene Handelsgesellschaft. Mit diesem Ausdruck sollen lediglich die nach § 123 HGB. eintretenden Wirkungen der Eintragungen einer offenen Handelsgesellschaft zusammengefaßt werden.[1]) Eine reine Außengesellschaft in wörtlichem Sinne ist undenkbar. Denn eine offene Handelsgesellschaft setzt einen Vertrag, also eine Regelung der Beziehungen der Gesellschaft untereinander voraus.

Ein hiervon verschiedenes Problem ist die Frage, ob die Regelung der inneren Beziehungen der Gesellschafter, die unter dem Begriff Geschäftsführung zusammengefaßt werden und deren Erledigung den als Geschäftsführern fungierenden Gesellschaftern übertragen, in ihrer Gesamtheit Nichtgesellschaftern übertragen werden können, mit anderen Worten, ob eine offene Handelsgesellschaft ohne Geschäftsführung[2]) denkbar ist. Die Literatur hat sich mit dieser Frage bisher noch nicht befaßt. Lediglich die verwandte Frage, ob ein Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung möglich ist, wurde erörtert und meist verneint.[3])[4])

Aus den allgemeinen Grundsätzen, die das Gesellschaftsrecht beherrschen, d. h. aus der vom Gesetzgeber gewollten Interessenregelung heraus, wird die Zulässigkeit einer Gesellschaft ohne Geschäftsführung durch die Gesellschafter abzulehnen sein. Maßgebend ist hierfür insbesondere das Publizitätsinteresse.

---

[1]) Es ist etwa der Fall denkbar, daß der Gesellschaftsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit eines Mitgesellschafters nichtig ist, § 105, 139 BGB. und daß die „Gesellschafter" als solche im Handelsregister eingetragen werden.

[2]) Unter Geschäftsführung wird hier gemäß der oben (§ 2) gegebenen Begriffsbestimmung nur die von den Geschäftsführern in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter vorzunehmende Führung der Gesellschaftsgeschäfte verstanden.

[3]) Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung hält für zulässig Makower, Anm. V b zu § 125. Dieser schränkt allerdings diese Ansicht dahin ein, daß der Ausschluß nur so wirkt, als wenn Gesamtvertretung aller Gesellschafter angeordnet wäre. Er beruft sich auf OLG. Dresden v. 11. XII 00 OLG. R.Spr. 2, 516 ZHR. 53, 205. Vgl. auch Staub, Komm. z. HGB. Anm. 5 zu § 114, Anm. 3 zu § 125; Düringer-Hachenburg, Anm. 4 zu § 125; KGZ. 10, 27; OLG. Stuttgart in ZHR. 42, 527; Rieser in ZHR. 42, 322; OLG. Dresden in OLGR. 8, 516; KG. in Recht 1923 Nr. 365; Lehmann, Lehrbuch des H. R., S. 25, Anm. 5; Baumeester in ZHR. 55, 417; RGZ. 74, 299.

[4]) Jordan läßt in „Gemischte Gesamtvertretung", S. 36 ff. mit der herrschenden Lehre den Ausschluß der Vertretung zu. Damit ist aber bei der von ihm angewandten Deutung des Begriffs der Vertretung nicht eine Handlungsfähigkeit der Gesellschaft verbunden. Die Gesamtheit der Gesellschafter bleiben vielmehr handlungsfähig, da sie nicht die Gesellschaft vertreten. Auf die Geschäftsführung lassen sich diese Gedankengänge auch analog nicht anwenden, da eine entsprechende Ausdeutung des Begriffs der Geschäftsführung nicht möglich ist.

Die Außenstehenden müssen, auch wenn sie nicht unmittelbar betroffen werden, damit rechnen können, daß die Geschäfte der Gesellschaft maßgebend nicht von irgend welchen obskuren, nach außen nicht in Erscheinung tretenden Persönlichkeiten, sondern von allen oder einzelnen Gesellschaftern, die aus dem Handelsregister ersichtlich sind, bestimmt werden. Wenn man, dem Standpunkt der herrschenden Lehre folgend, den Ausschluß der Geschäftsführung zuläßt und damit die Gesellschaft ohne Innenverhältnisse existieren läßt, wird man es auch für zulässig halten müssen, daß die Gesellschafter frei über den Zeitpunkt des Beginns der Gesellschaft im Innenverhältnis, ohne die oben gezogene Schranke, disponieren können.

Der Beginn der Geschäftsführung ist der gleiche, ob es sich um gesetzliche oder um übertragene Geschäftsführung handelt. In beiden Fällen gelten die oben dargelegten Regeln über den Beginn der Geschäftsführung. Die obigen Grundsätze finden auch bei nachträglicher Änderung des Geschäftsführungsrechts sinnentsprechende Anwendung. Mangels ausdrücklicher anderweitiger Bestimmung wird die Änderung im Zeitpunkt der Beschlußfassung wirksam. In diesen Fällen kann aber eine Divergenz zwischen dem Beginn des Rechtes und dem der Pflicht zur Geschäftsführung eintreten. Bisher wurde die Teilung der Geschäftsführung in Befugnis und Pflicht noch nicht berührt. Es ist darauf später einzugehen. Der Beginn des Rechtes und der der Pflicht zur Geschäftsführung kann dadurch auseinanderfallen, daß der Beschluß zwar ordnungsmäßig zustande gekommen, aber dem zum Geschäftsführer ernannten Gesellschafter ohne sein (gesellschaftsrechtliches) Verschulden nicht bekannt geworden ist. Die Pflicht zur Geschäftsführung beginnt dann mit allen ihren Rechtsfolgen erst in dem Augenblick, in dem ihm der Beschluß bekannt geworden ist, während das Recht zur Geschäftsführung schon mit dem Beschluß zur Entstehung gelangt ist. Wenn also der neuernannte Geschäftsführer, noch bevor er von dem Beschluß Kenntnis erlangt hat, eine Geschäftsführungshandlung in der Meinung nicht dazu befugt zu sein, vornimmt, so ist dies trotzdem ein ordnungsmäßiger Geschäftsführungsakt. Auf der anderen Seite besteht das Recht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung, das durch einen Gesellschaftsbeschluß ordnungsmäßig aufgehoben wurde, noch so lange weiter, als der Gesellschafter ohne sein Verschulden von dem Beschluß keine Kenntnis erlangt. Seine Pflicht zur Geschäftsführung ist aber schon im Augenblick der Wirksamkeit des Beschlusses erloschen. Das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung können entweder aus Gründen, die in der Person des Gesellschafters oder aus solchen, die auf Seiten der Gesellschaft vorliegen, erlöschen. Zunächst sei die erste Gruppe von Beendigungsgründen behandelt. Die Geschäftsführung endet selbstverständlich mit dem Austritt des Gesellschafters aus der Gesellschaft, mag er nun auf den Tod des Gesellschafters, auf Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses seitens eines Gesellschafters oder seitens der Gesellschaft zurückzuführen sein.

Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft in der Regel aufgelöst.[5]) Der Gesellschaftsvertrag kann aber anordnen, daß in diesem Falle die Gesellschaft mit oder ohne seine Erben fortgesetzt werden soll. Die Fortsetzung ohne die Erben regelt § 138, die Fortsetzung mit den Erben § 139 HGB. Für keinen der beiden Fälle trifft das Gesetz nähere Bestimmungen über den Einfluß der Änderung auf die Geschäftsführung. Das Gesetz bestimmt in § 137 HGB. lediglich, daß im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters dessen Erben bei Gefahr in Verzug die vom Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen und den Tod unverzüglich den Mitgesellschaftern anzuzeigen haben. Trotzdem in § 138 HGB. eine entsprechende Regelung für den Fall der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben nicht getroffen ist, wird man — argumentum e maiori ad minus — die Bestimmung auch auf diesen Fall analog anwenden dürfen.[6]) Wird also im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt, ohne, daß diese Geschäftsführer werden, so haben sie bei Gefahr in Verzug das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung. Das muß besonders dann gelten, wenn es sich um eine Gesellschaft mit Gesamtgeschäftsführung handelt und bei Ausscheiden des Gesellschafters niemand mehr zur Geschäftsführung legitimiert ist.

Wenn das Gesellschaftsverhältnis seitens der Gesellschaft oder eines Gesellschafters[7]) gekündigt wird, so enden Recht und Pflicht zur Geschäftsführung in der Regel mit der Wirksamkeit der Kündigung. Ist die Kündigung eines Gesellschafters ohne sein (gesellschaftsrechtliches) Verschulden ihm nicht bekannt geworden, so hat zu seinen Gunsten die Geschäftsführung als fortbestehend zu gelten. Die Regel des § 137 des HGB. wird auch hier, insbesondere im Falle der Gesamtgeschäftsführung, analoge Anwendung zu finden haben. Im Gesellschaftsvertrag kann zwar vorgesehen werden, daß das Gesellschaftsverhältnis durch Kündigung seitens der Gesellschaft gelöst werden kann. Dagegen kann nicht vereinbart werden, daß die Geschäftsführungsbefugnis durch einseitige Kündigung seitens der Gesellschaft einem geschäftsführenden Gesellschafter entzogen werden kann. Denn § 117 HGB. ordnet an, daß die Geschäftsführungsbefugnis nur durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden kann. Diese Vorschrift ist nach der überwiegenden Ansicht von Theorie und Praxis zwin-

---

[5]) § 131 Z. 4 HGB.

[6]) Staub, a. a. O., Zus. zu den Anm. zu § 137

[7]) Bestritten ist es, inwieweit der Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis kündigen kann. Die Kündigung wird allgemein zugelassen soweit die Geschäftsführung dem Gesellschafter auf Grund Vertrags übertragen ist, vgl. Staub, a. a. O., Anm. 7 zu § 117; Möller, Die off. H.G. im deutschen, österr., schweiz. und tschechosl. Recht, S. 50. Die Zulässigkeit der Kündigung wird abgelehnt, soweit das Gesetz die Unterlage der Geschäftsführung bildet. Aus den unten (S. 24) zu entwickelnden Gründen ist die Scheidung zwischen übertragener und gesetzlicher Geschäftsführung als formaljuristisch abzulehnen und die Kündigung in beiden Fällen zuzulassen.

genden Rechtes. Eine Unterwerfung der Gesellschafter unter eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis würde einen unzulässigen Verzicht auf den Rechtsweg darstellen.[8]) Allerdings kann die Bestimmung dadurch umgangen werden, daß für die Entscheidung nach § 117 HGB. die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart wird.[9]) Recht und Pflicht zur Geschäftsführung enden im Falle der Entziehung durch Urteil mit der Rechtskraft des Urteils.

Es bleibt nur noch übrig die Beendigungsgründe zu behandeln, die auf Seiten der Gesellschaft vorliegen. Die Geschäftsführung eines Gesellschafters endet, wenn der Gesellschaftsvertrag mit Zustimmung des Gesellschafters, dessen Geschäftsführung enden soll, nachträglich geändert wird. Diese Änderung muß unter den besonderen für Vertragsänderungen geltenden Kautelen erfolgt sein. Auf jeden Fall ist aber die Mitwirkung des in Frage stehenden Gesellschafters erforderlich, da sonst § 117 HGB. verletzt würde. Durch § 117 HGB. ist jede Entziehung der Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsführers außerhalb des Rechtsweges ausgeschlossen.[10]) Die Geschäftsführung endet auch mit der Auflösung der Gesellschaft, gleichgültig aus welchem Rechtsgrunde diese erfolgt. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters besteht das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung für die Erben und die übrigen Gesellschafter nach § 137 HGB. weiter. Die Erben treten hinsichtlich der Geschäftsführung zu gesamter Hand in die Stellung der Verstorbenen ein. Nach der herrschenden Ansicht bestehen übrigens nicht nur die Geschäftsführung, sondern auch die sonstigen Funktionen des Gesellschafters, wie die Vertretung weiter.[11]) Das gleiche gilt im Falle des Konkurses für die Stellung des Konkursverwalters. Diese Vorschriften finden aber bei der Gesamtgeschäftsführung nur eine beschränkte Anwendung, da dort der Verstorbene allein nicht selbständig geschäftsführungsbefugt war. Nur wenn Gefahr in Verzug steht, sind die Erben in der gleichen Weise, wie es der Verstorbene war, handlungsbefugt.[12]) Wenn man von der Ausnahmebestimmung des § 137 HGB. absieht, der nur ein vorläufiges Weiterbestehen der Geschäftsführung im Falle der Auflösung der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht, so endet mit der Auflösung der Gesellschaft in jedem Falle ipso iure die Geschäftsführung der bisherigen Geschäftsführer. Allerdings gilt die Geschäftsführungsbefugnis mit Ausnahme des Falls der Kündigung nach § 136 HGB. als fortbestehend. In diesen Fällen besteht aber nur die Geschäftsführungsbefugnis, nicht die Pflicht zur Geschäftsführung weiter.

Während der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft steht die Geschäftsführung den Liquidatoren zu. Die Geschäftsführung ist aber dann

---

[8]) Staub, a. a. O., Anm. 5 zu § 117 HGB.
[9]) RGZ. 71, 25
[10]) Denkschr. z. Entw. eines HGB. und eines EG., Berlin 1897, S. 93
[11]) Düringer-Hachenburg, Anm. 5 zu § 137
[12]) Näheres darüber vgl. § 7

immer Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip, gleichgültig, welche Art der Geschäftsführung vorher bei der Gesellschaft bestand. Es bleibt aber den Gesellschaftern unbenommen im Gesellschaftsvertrag selbst oder später abweichende Bestimmungen zu treffen, etwa den Liquidatoren Einzelgeschäftsführungsbefugnis zu verleihen. Mit Eintritt der Liquidation entfällt ebenso, wie die Geschäftsführung, die Prokura.[13]) Nach Eintritt der Liquidation ist weder für die Geschäftsführungspflicht noch für die Befugnis hierzu Raum. Denn ein selbständiges Weiterbestehen der Geschäftsführungspflicht ohne Geschäftsführungsbefugnis ist nicht möglich[14]) Nur im Rahmen des § 137 HGB. besteht eine vorläufige Geschäftsführungspflicht in dem oben gekennzeichneten Umfang. Die Geschäftsführung der Liquidatoren unterscheidet sich weder begrifflich noch dem Umfang nach von der allgemeinen Geschäftsführung vor Eintritt der Liquidation. Auch die Liquidatoren verwalten die Angelegenheiten der zur Gesellschaft vereinigten Gesellschafter und nicht etwa nur das Gesellschaftsvermögen.[15]) Die sonstigen Beziehungen der Gesellschafter untereinander werden durch die Liquidation nicht berührt. Die §§ 109 bis 113, 118 bis 122 gelten auch während der Liquidation.

---

[13]) Mahnkopf, a. a. O., S. 79
[14]) A. A. Schlegel, a. a. O., S. 134
[15]) RGZ. 17, 399; 29, 16

§ 5. Die rechtlichen Unterlagen des Geschäftsführungsrechts (Gesetz und Vertrag)

Für die gesamten Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend.[1]) Die Gesetzesvorschriften finden im allgemeinen dann Anwendung, wenn der Vertrag keine spezielle Bestimmung betrifft. Diesen Auslegungsgrundsatz bezeichnet man als den Satz von der dispositiven Natur der gesetzlichen Vorschriften. Er wurde verschiedentlich auch vom Reichsgericht ausgesprochen.[2]) Seine innere Begründung findet er in der Interessenlage. Es handelt sich hier lediglich um die Beziehungen der Gesellschafter zueinander. Die Grundlage jeder Gesellschaftsgründung ist aber Vertrauen der Gesellschafter zueinander.[3]) Es ist nicht Sache des Gesetzgebers, sich in dieses Vertrauensverhältnis einzumischen und die inneren Rechtsbeziehungen der Gesellschafter durch starre Gesetzesvorschriften in Fesseln zu legen. Auch unter dem Gesichtspunkte des Interessenschutzes der einzelnen Gesellschafter ist der Gesetzgeber dazu nicht befugt. Denn die Gesellschafter sind beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags in der Lage, ihre Interessen selbst wahrzunehmen. Sie können sich durch Aufnahme von Klauseln in den Gesellschaftsvertrag viel wirksamer schützen, als es der Gesetzgeber durch allgemeine Normativvorschriften könnte Im Gegensatz dazu erfordert die Interessenlage im Außenverhältnis eine möglichst gleichmäßige Regelung der in Betracht kommenden Rechtsinstitute zum Schutze der Außenstehenden, die mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr treten. Sie sind nicht in der Lage, auf die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages Einfluß auszuüben. Das muß vielmehr der Gesetzgeber in der Form für sie tun, daß er zwingende Vorschriften für das Außenverhältnis trifft. Dadurch wird auch erreicht, daß im Außenverhältnis ein klarer Rechtszustand besteht, mit dem man ein für allemal rechnen kann. Man darf daher aus der dem Gesetz zugrundeliegenden Interessenregelung den Grundsatz entnehmen, daß die Vorschriften über die Beziehungen der Gesell-

[1]) § 109 HGB.

[2]) RG. bei Holdheim 14, 47; RGZ. 2, 34

[3]) RGZ. 81, 235. Das Reichsgericht führt hier bezüglich eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses des bürgerl. Rechts (zwischen Verleger und Verfasser) aus, daß es im Vergleich zu andern Vertragsverhältnissen in erhöhtem Maße persönliches Vertrauen und die Betätigung von Treu und Glauben voraussetze. Diese Ausführungen sind aber selbstverständlich erst recht auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und auf die off. H.G. anzuwenden.

schafter untereinander im Zweifelsfall dispositiver Natur sind. Dieser Satz bedarf aber einer gewissen Einschränkung, die ebenfalls aus der Interessenlage herzuleiten ist. Einzelne Gesetzesvorschriften müssen zwingenden Rechtes sein, um die etwaige Terrorisierung von Gesellschaftern, die sogenannte societas leonina im weiteren Sinne zu verhindern, die den allgemeinen Grundsätzen unseres Rechtssystems widerspricht. Eine weitere Grenze für abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter ist in dem Umstand begründet, daß das Gesetz das konstruktive Gefüge, das es der offenen Handelsgesellschaft zur Verfügung stellt, zum mindesten innerhalb gewisser, wenn auch weitgehender Grenzen gewahrt wissen will. Dieser Grundsatz tritt allerdings bei den Personalgesellschaften nicht so stark hervor, als bei den Kapitalgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaft. Immerhin hat das Gesetz auch für die offene Handelsgesellschaft und für die inneren Beziehungen der Gesellschafter untereinander gewisse grundlegende Normen aufgestellt, denen jede Gesellschaft, die als offene Handelsgesellschaft auftritt, unterliegt. Moser[4]) begründet die zwingende Natur eine Reihe von Vorschriften des äußeren und inneren Gesellschaftsrechts mit dem sogenannten Gleichbehandlungsprinzip. Seine Begründung ist gekünstelt. Das relative Gleichbehandlungsprinzip[5]) ist im übrigen ein zu unbestimmter Begriff, um zur Gesetzesinterpretation verwertet zu werden. Wenn man den Begriff des relativen Gleichbehandlungsprinzips auflöst, so kann man feststellen, daß Moser damit nur den liberal-individualistischen Anspruch des einzelnen Rechtssubjekts auf Geltung im Rechtsleben zum Ausdruck bringen will. Die Lehre vom Gleichbehandlungsprinzip stellt in Wahrheit nur eine Ausdeutung des Gesellschaftsrechts in individualistischem Sinne dar, die kaum irgend welche neue Ergebnisse zu Tage fördern kann. Im einzelnen besteht in der Literatur in keinem der in Frage kommenden Fälle darüber Einigkeit, ob die Vorschrift dispositiv oder zwingender Natur ist. Literatur und Praxis sind deshalb in weitem Umfange vom Grundsatz der dispositiven Natur der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften beherrscht, sie neigen meistens dazu, den Vorschriften dispositive Natur zuzuschreiben. Streitig ist in dieser Hinsicht zunächst, ob die gesamte Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Diese Frage wurde bereits oben behandelt. Es braucht hier nur das dort gefundene Ergebnis festgestellt zu werden: Gegen die herrschende Meinung ist die Zulässigkeit des Ausschlusses der Geschäftsführung abzulehnen.[6]) Meist wird allerdings nur die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der Vertretung behandelt. Das Reichsgericht[7]) hat den Ausschluß zugelassen, das Kammergericht[8]) hält ihn nicht für zulässig. Neben den bereits

[4]) Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft und in der A.G., Göttingen 1925, S. 8, 9

[5]) Relativ ist eine starke Einschränkung

[6]) Düringer-Hachenburg, Anm. 4 zu § 125; OLG. Stuttgart in JHR. 42, 527; OLG. Dresden in OLG. R. 2, 516

[7]) RGZ. 74, 299

[8]) Entscheidung vom 11. 1. 1919 in KGJ. 52, 90

oben dargelegten rechtlichen Gründen sprechen auch tatsächliche Gründe für die hier vertretene Ansicht. Die Wertschätzung, die die offene Handelsgesellschaft im Geschäftsleben genießt, beruht, ganz den Absichten des Gesetzes entsprechend, zum großen Teil im Vertrauen auf die persönliche Mitwirkung der Teilhaber bei der Geschäftsführung. Neben einer beträchtlichen Verdunkelung der Geschäftsführung würde es oftmals eine Irreführung der Außenstehenden bedeuten, wenn die Geschäfte nicht von den nach innen und außen verantwortlichen Gesellschafter, sondern von Dritten geführt würden, die nach außen überhaupt nicht in Erscheinung träten. Auch aus dem das gesamte Gesellschaftsrecht beherrschenden Grundsatz des Schutzes des Rechtsverkehrs wird man der hier vertretenen Meinung folgen müssen. Aus dem zuletzt dargestellten Grunde dürfte es auch unzulässig sein, alle Gesellschafter von der Pflicht zur Geschäftsführung zu entbinden. Dagegen kann darüber kein Zweifel bestehen, daß die Befreiung eines einzelnen Gesellschafters von der Pflicht zur Geschäftsführung unter Belassung der Befugnis zulässig ist.[9]) Denn in diesem Falle ist mindestens ein geschäftsführender Gesellschafter vorhanden, der auch zur Geschäftsführung verpflichtet ist. Zwingenden Rechtes ist weiter der schon oben erwähnte § 117 HGB., soweit er für die Entziehung des Geschäftsführungsrechts den Rechtsweg vorschreibt. Eine etwaige Aufhebung dieser Vorschrift im Gesellschaftsvertrag würde einen unzulässigen Verzicht auf den Rechtsweg darstellen. Dagegen ist § 117 HGB. in seinem übrigen Inhalt nicht zwingend, z. B. kann der Begriff „wichtiger Grund" näher bestimmt werden, die Tatbestände, die allein als wichtige Gründe gelten sollen, können genau angegeben werden. Zwingenden Rechtes sind weiter eine Reihe von Vorschriften über den Widerspruch gemäß § 115 I HGB.

Viele Schriftsteller, zum Teil auch die Praxis, machen nun auch hinsichtlich der Rechtswirkungen einen Unterschied zwischen der Geschäftsführung, die das Gesetz und derjenigen, die den Vertrag zur Grundlage hat. Sie lassen z. B. die Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis durch den Gesellschafter dann zu, wenn es sich um eine vertraglich übertragene Geschäftsführung handelt, sie lassen sie nicht zu, wenn die Befugnis unmittelbar auf den Vorschriften des Gesetzes beruht.[10]) Diese Scheidung ist rein formal-juristisch und in keiner Weise durch die dem Gesetzgeber vorschwebende Interessenlage bedingt. Für die Frage der Kündbarkeit und auch sonst ist es rechtlich völlig gleichgültig, ob die Geschäftsführung vertraglich, abweichend von der gesetzlichen Norm geregelt ist, oder nicht. Denn auch im letzteren Falle beruht sie ja allein auf dem Gesellschaftsvertrag, der dann nur der vom Gesetz gelieferten Schablone entspricht. Die Interessenlage ist in beiden Fällen die gleiche: Es kann zu Interessenkonflikten zwischen dem Interesse des Geschäftsführers (an der Kün-

[9]) Staub, a. a. O., Anm. 5 zu § 114, Anm. 3 zu § 112; RG. in Holtheim 14, 47

[10]) So Staub, Anm. 7 zu § 117; Möller, a. a. O., S. 50; ebenso für das ADHG. Meerfeld, a. a. O., S. 81

digung) und dem der Gesellschaft (an der Fortführung der Geschäfte) kommen. Die Kündigung ist immer zulässig, wenn sie nicht ausdrücklich im Vertrag ausgeschlossen wurde, sie verpflichtet aber unter Umständen in beiden Fällen den Gesellschafter zum Schadensersatz, wenn er den durch die Kündigung entstehenden Schaden schuldhaft (in gesellschaftsrechtlichem Sinne) herbeigeführt hat. Auch in jeder anderen Beziehung steht die sogenannte übertragene Geschäftsführung der gesetzlichen vollkommen gleich.

Was die Rechtsunterlagen der Geschäftsführung im einzelnen anlangt, so kommt, wie erwähnt, in erster Linie der Gesellschaftsvertrag in Betracht. Die Bestimmungen des Gesetzes finden nur dann Anwendung, wenn im Vertrag keine Regelung getroffen ist. In der Praxis ist es aber meist so, daß der Vertrag über das Geschäftsführungsrecht keine Bestimmungen trifft, das Gesetz findet daher meistens in vollem Umfange Anwendung. Maßgebend sind §§ 105 ff. HGB., für das Geschäftsführungsrecht §§ 109 bis 122. Daneben gelten aber auch die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft.[11]) Außerdem sind unter Umständen die übrigen Vorschriften des BGB. heranzuziehen. In großem Umfang kommen die Vorschriften über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. Nach dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali" geht das jeweils speziellere Gesetz dem allgemeineren vor. Es gilt also die Reihenfolge Vertrag — HGB. — Gesellschaftsrecht des BGB. — sonstige Vorschriften des BGB. Für das innere Gesellschaftsverhältnis, für die Geschäftsführung kommen insbesondere auch die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung, so bezüglich der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter, die §§ 664, 665, 667, 668, 760 BGB. Das HGB. enthält in dieser Hinsicht keinerlei Bestimmungen. Die Frage, inwieweit die Auftragsvorschriften heranzuziehen sind, hat zu manchen Zweifeln Anlaß gegeben. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß diese letzteren Vorschriften keineswegs zwingenden Rechtes sind. Es ist vielmehr zweckmäßig, wenn der Gesellschaftsvertrag näheres bestimmt.

Im Laufe der folgenden Untersuchungen kann in der Hauptsache nur der Fall behandelt werden, daß im Gesellschaftsvertrag über die Geschäftsführung nichts näheres vereinbart ist und daher die gesetzlichen Vorschriften gelten. Nur auf dieser Grundlage läßt sich eine systematische Verarbeitung des Fragenkomplexes ermöglichen.

---

[11]) § 105, II HGB.

§ 6. Einzelgeschäftsführung

Der Begriff Geschäftsführung läßt sich in eine aktive und eine passive Seite zerlegen, in die Geschäftsführungsbefugnis und die Pflicht zur Geschäftsführung. Nach der Pflichtseite hin ist die Geschäftsführung starrer, invariabler, als nach der Befugnisseite. Das Gesetz geht bei der Regelung des Geschäftsführungsrechts, bei der Schaffung der für die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft möglichen Typen, von der Befugnisseite aus. Nach der Pflichtseite hin lassen sich nur zwei Möglichkeiten unterscheiden: Das Bestehen oder das Nichtbestehen der Pflicht zur Geschäftsführung. Weitere Variationen gibt es in dieser Hinsicht nicht. Anders verhält es sich mit der Ordnung der Geschäftsführungsbefugnis. Bei der systematischen Zerlegung der Geschäftsführung in verschiedene Gruppen pflegt man von der Befugnis auszugehen. Man ist sich dabei allerdings der Außerachtlassung der Pflichtseite des Geschäftsführungsrechts nicht bewußt. Auch die Ausdrucksweise des Gesetzes[1]), der Kommentare und Lehrbücher ist in dieser Beziehung mißverständlich. Häufig spricht das Gesetz ungenau von der Geschäftsführung und meint dabei lediglich das Recht zur Geschäftsführung. Wenn im folgenden von der Geschäftsführung die Rede ist, so ist damit im gebräuchlichen Sinn meist die Geschäftsführung nach der aktiven, der Befugnisseite hin, zu verstehen. Es ist aber zuzugeben, daß diese Ausdrucksweise nicht völlig korrekt ist. Sie läßt sich jedoch bei der herrschenden Terminologie kaum vermeiden. Man scheidet zunächst in objektivem Sinne zwei Gruppen der Geschäftsführung: Die Einzel- und die Gesamtgeschäftsführung. Von Einzelgeschäftsführung spricht man dann, wenn jeder einzelne Geschäftsführer für sich allein geschäftsführungsberechtigt ist, während Gesamtgeschäftsführung dann gegeben ist, wenn mindestens zwei Geschäftsführer zusammen befugt sind, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Der einfachste Fall ist der, daß überhaupt nur ein geschäftsführender Gesellschafter vorhanden ist. Dann kann keine andere Form als Einzelgeschäftsführung vorliegen.

Das Gesetz hat für die o. H.G. im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Einzelgeschäftsführung als Regel aufgestellt. Wenn über die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag nichts bestimmt ist, steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zu.[2]) Steht aber die Geschäftsführung einzelnen

[1]) Man vergleiche z. B. § 115 Abs. 1 HGB.: Steht die Geschäftsführung allen....

[2]) § 114 HGB.

(oder allen) Gesellschaftern ohne nähere Bestimmung zu, so ist jeder allein geschäftsführungsberechtigt,[3]) ohne daß eine Mitwirkung der übrigen Gesellschafter erforderlich ist. Das gilt natürlich nur für solche Handlungen, die nach der früher gegebenen Begriffsbestimmung unter die Geschäftsführung fallen. Moser[4]) erblickt in dem Umstand, daß das Gesetz die Einzelgeschäftsführung als Normalfall aufgestellt hat, einen besonders intensiven Ausdruck des Gleichbehandlungsprinzips. Gerade hier erkennt man aber die praktische Unbrauchbarkeit dieses Begriffes. Denn einerseits kommt man, wenn man die Regelung vom Standpunkt der jeweils nichthandelnden Geschäftsführer betrachtet, zum geraden Gegenteil der von Moser geäußerten Ansicht. Es bedeutet doch eine Zurücksetzung der übrigen Geschäftsführer, also eine „Ungleichbehandlung", wenn man in einer Frage lediglich einen Gesellschafter, den gerade handelnden Geschäftsführer, allein entscheiden läßt. Andererseits aber kann man in der Gesamtgeschäftsführung, die doch das gerade Gegenteil der Einzelgeschäftsführung ist, einen besonders intensiven Ausdruck des Gleichbehandlungsprinzips erblicken, wenn man davon ausgeht, daß dort bei jeder einzelnen Handlung, jeder einzelne Geschäftsführer in gleicher Weise zur Mitwirkung berufen ist. Von dieser Seite betrachtet erscheint also im Gegensatz zu der von Moser geäußerten Ansicht die Gesamtgeschäftsführung als der klarste Ausdruck des Gleichbehandlungsprinzips. Aus diesen Beispielen erhellt die Dehnbarkeit, Vieldeutigkeit und praktische Wertlosigkeit des Gleichbehandlungsprinzips.

Im Folgenden sind zunächst die Umrisse der Einzelgeschäftsführung zu behandeln. Auf weitere Einzelheiten ist beim Widerspruchsrecht, im zweiten Teil, noch einzugehen.

Die Stellung des einzelnen Geschäftsführers ist bei der Einzelgeschäftsführung vom Gesetz klar bestimmt. Jeder einzelne Geschäftsführer ist zu allen Handlungen, die begriffsmäßig zur Geschäftsführung gehören, befugt. Dabei gilt allerdings eine sehr wichtige Ausnahme für den Fall des Widerspruches seitens eines Mitgeschäftsführers. Über den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis bestehen bei der Einzelgeschäftsführung kaum Streitfragen. Zur Wirksamkeit der Geschäftsführungshandlungen bedarf es nur einer Voraussetzung: Der Handelnde muß geschäftsführungsbefugt sein. Er ist an Weisungen der übrigen Geschäftsführer und besonders auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter nicht gebunden.[5]) Allerdings wird es häufig im Interesse des Geschäftsführers liegen, solche Weisungen zu befolgen, um sich vor eventuellen späteren Schadensersatzansprüchen zu schützen. Aus der Nichtbefolgung solcher unverbindlichen Weisungen erwächst dem Geschäftsführer jedoch keinerlei Rechtsnachteil.

---

[3]) § 115 HGB.
[4]) A. a. O., S. 41 ff.
[5]) Haas, a. a. O., S. 27

Bei der Einzelgeschäftsführung ist jeder Geschäftsführer allein voll geschäftsführungsberechtigt. Das schließt aber nicht aus, daß auch bei dieser Geschäftsführungsform die Geschäftsführungsbefugnis nach sachlichen Gesichtspunkten geteilt wird. Es wird etwa einem Geschäftsführer die Regelung des inneren Betriebes, einem andern die des äußeren Geschäftsbetriebs, wie Verkehr mit Lieferanten, zugeteilt. Das ist bei der nachgiebigen Natur der Vorschriften über die Geschäftsführung durchaus zulässig.[6]) Auch in einem derartigen Fall kann man von Einzelgeschäftsführung sprechen, wenn der Einzelne auf dem ihm zugeteilten Gebiete allein geschäftsführungsbefugt ist. Im Zweifel erstreckt sich eine solche Abgrenzung nur auf die Aktivseite, auf die positive Seite der Geschäftsführung, zur Erhebung eines Widerspruchs ist jeder Geschäftsführer befugt, auch wenn es sich um Handlungen außerhalb des ihm zugeteilten Geschäftskreises handelt. Zu diesem Ergebnis kommt man durch analoge Anwendung des § 115 HGB. Die Interessenlage ist die gleiche wie in dem von § 115 behandelten Fall. Der einzelne Geschäftsführer ist in seinem Bereich zu jeder Handlung befugt. Auch hier besteht die Gefahr einer mißbräuchlichen Ausnützung dieser weitgehenden Machtbefugnis. Um diese Gefahr nach Möglichkeit zu vermindern, ist es auch hier gerechtfertigt, den übrigen Gesellschaftern ein Vetorecht einzuräumen.

Durch die Vornahme einer Geschäftsführungshandlung tritt der Gesellschafter aus der Reihe seiner Mitgeschäftsführer heraus. Er setzt Rechtswirkungen in Lauf, die sowohl für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander als auch für die Beziehungen zu Dritten, zum Rechtsverkehr, von Bedeutung sein können. Die Wirksamkeit der Geschäftsführungshandlung ist an eine Anzahl Voraussetzungen geknüpft. Die Handlung muß begriffsmäßig eine Geschäftsführungshandlung sein, sie darf den Umfang des Geschäftsführungsrechts nicht überschreiten. Der Geschäftsführer muß aber auch nach dem Gesellschaftsvertrag zu der Handlung befugt sein.

Bei der Einzelgeschäftsführung wird bereits die Handlung des Einzelnen wirksam, ohne daß es eines Zusammenwirkens mehrerer Geschäftsführer bedarf. Die Handlung des Einzelnen muß aber irgendwie in Erscheinung getreten, sie muß erkennbar geworden sein, bevor ihr überhaupt Rechtswirkungen zukommen. Man wird wohl nicht soweit gehen dürfen, die Geschäftsführungshandlungen des Einzelgeschäftsführers als empfangsbedürftige Willenserklärungen zu bezeichnen. Das darf man schon deshalb nicht, weil nicht alle Geschäftsführungshandlungen Willenerklärungen sind, sondern auch rein faktische Handlungen begriffsmäßig unter die Geschäftsführung fallen können. Als Geschäftsführungshandlungen mit Wirkungen für den Gesellschafter, die Gesellschaft und Dritte, können sie aber erst dann angesehen werden, wenn sie für einen Gesellschafter oder einen Dritten, der in dieser Hinsicht mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr getreten ist, erkennbar geworden sind. Erst dann liegt ein rechtlich faßbarer

[6]) Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O., S. 110; Busch, Archiv I, 281; Renaud, S. 269

Tatbestand vor. Erteilt z. B. ein nichtvertretungsbefugter Geschäftsführer brieflich einem vertretungsbefugten Gesellschafter Weisung, einen Vertrag abzuschließen, so liegt eine Geschäftsführungshandlung erst dann vor, wenn der Brief in den Besitz des Vertretungsbefugten gelangt ist. Die Niederschrift des Briefes allein hat noch keine Rechtswirkungen hervorgerufen.

Die Rechtsfolgen einer Geschäftsführungshandlung (Schadensersatz, Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen usw.) treten bei der Einzelgeschäftsführung zunächst nur in der Person des handelnden Geschäftsführers ein. Wenn mehrere Einzelgeschäftsführer eine Geschäftsführungshandlung gemeinsam vornehmen, so treten die Wirkungen dieser Handlung in der Person jedes Einzelnen in vollem Umfang ein, sie sind z. B. unter Umständen gesamtverbindlich zum Schadensersatz verpflichtet. Auch die Rechte der nichthandelnden Geschäftsführer, insbesondere das Widerspruchsrecht, gelangen frühestens in dem Augenblick zur Entstehung, in dem die Handlung erkennbar geworden ist.

Die Pflicht zur Geschäftsführung besteht bei der Einzelgeschäftsführung naturgemäß für jeden einzelnen Geschäftsführer separat. Die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht können, wie schon erwähnt, nur in der Person desjenigen eintreten, der sich einer Verletzung seiner Geschäftsführungspflicht schuldig gemacht hat.

Damit ist die positive Seite der Geschäftsführungsbefugnis erschöpft. Nähere Ausführungen über die negative Seite, das Widerspruchsrecht, bleiben dem zweiten Teil vorbehalten.

§ 7. Gesamtgeschäftsführung

Im Gegensatz zur Einzelgeschäftsführung ist bei der Gesamtgeschäftsführung zum Zustandekommen eines Geschäftsführungsaktes die Mitwirkung einer Mehrheit von Geschäftsführern erforderlich. Die Art des Zusammenwirkens kann auf sehr verschiedene Weise geregelt sein. Es kann verlangt werden, daß zum Zustandekommen eines Beschlusses die positive Mitwirkung eines jeden Geschäftsführers, d. h. die Zustimmung zu dem zu fassenden Beschluß erforderlich sei. Man spricht dann von Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip. Wenn es genügt, daß eine nach einem bestimmten Maßstab (Kapital, Zahl usw.) zu bemessende Mehrheit für den Beschluß stimmt, so spricht man von Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip. Falls der Gesellschaftsvertrag Gesamtgeschäftsführung anordnet oder, wie es das Gesetz ausdrückt, bestimmt ist, „daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können",[1]) so gilt die Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip, also der gerade Gegensatz der Einzelgeschäftsführung des § 115 I HGB. Aus diesen Bestimmungen folgt, daß Geschäftsführung mit Mehrheitsprinzip nur dann gilt, wenn sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart ist.

Beide Systeme, Einzel- und Gesamtgeschäftsführung, haben ihre Vor- und Nachteile. Die Einzelgeschäftsführung ermöglicht rasches Reagieren und schlagfertiges Eingreifen jedes Gesellschafters, sie hat aber den großen Nachteil, daß die Macht des Einzelnen, trotzdem das Widerspruchsrecht sehr weit geht, sehr groß ist. Jeder Geschäftsführer kann durch eine unüberlegte Handlung das Schicksal der Gesellschaft besiegeln. Das Gesamtgeschäftsführungsprinzip führt dagegen zu einer zwar nicht schnellen, aber zuverlässigen Führung der Gesellschaftsgeschäfte, die dadurch an Wert gewinnt, daß die Erfahrung sämtlicher Geschäftsführer in jedem einzelnen Falle zur Geltung kommt und daß jede Handlung automatisch von jedem Geschäftsführer kontrolliert werden muß. Ein Nachteil dieser Regelung ist allerdings die Schwerfälligkeit des für jede Geschäftsführungshandlung aufzubietenden Apparats. Je nach der Natur des Geschäftsbetriebs eines Gesellschaftsunternehmens wird das eine oder das andere System vorzuziehen sein.

Während die Geschäftsführungshandlung bei der Einzelgeschäftsführung tatsächlich eine natürliche Handlung einer Person ist und das Zusammenhan-

[1]) § 115 II HGB.

deln mehrerer nur zulässig, nicht begriffsnotwendig ist, setzt die Geschäftsführungshandlung bei der Gesamtgeschäftsführung ein begriffsmäßiges Zusammenhandeln, einen sogenannten Gesamtakt,[2]) Sozialhandlung,[3]) voraus. Der Gesellschaftsbeschluß bedarf hier einer kurzen Erläuterung. Die systematische Einordnung der Beschlüsse ist bestritten. Teils rechnet man sie zu den Rechtsgeschäften, teils bezeichnet man sie als eine besondere, von den übrigen Rechtsgeschäften begriffsmäßig getrennte Gruppe der sogenannten abhängigen Rechtsgeschäfte[4]) oder als „unselbständige Rechtsgeschäfte".[5]) Das Gesetz spricht im § 115 ebenso wie das BGB. im § 709 von der „Zustimmung" aller Gesellschafter und will damit das Erfordernis der einstimmigen Beschlußfassung statuieren. Der Begriff Zustimmung ist, wie Haas[6]) zutreffend ausführt, ein anderer als der im allgemeinen Teil des BGB. § 182 ff. Während im Gesellschaftsrecht die Zustimmung den begriffsnotwendigen Teil eines Gesamtwillens bildet, ist sie im allgemeinen Teil des BGB. (ebenso im Ehegüterrecht) die zu einem fertigen, abgeschlossenen Willenakt hinzukommende ergänzende Willenserklärung eines Dritten. Heck hat a.a.O. die Gesellschaftsbeschlüsse als Sozialhandlungen in einer interessanten Weise beleuchtet. Er hat bei der Behandlung der Willensmängel von Gesellschaftsbeschlüssen die eigenartige, komplizierte Interessenlage bei Gesellschaftsbeschlüssen aufgerollt. Seine aufschlußreichen Resultate seien kurz dargestellt: Heck geht davon aus, daß bei jedem Gesellschaftsbeschluß drei Interessengruppen beteiligt sein können, Gesellschaftsinteressen (der sogenannte Gesellschaftszweck), individuelle aus dem Gesellschaftsvertrag fließende Nachinteressen (z. B. auf Gewinnausschüttung) und endlich freie Sonderinteressen. Die Nachinteressen werden wieder in primäre und sekundäre untergeteilt. Die Letzteren stellen schon einen Übergang zu den freien Sonderinteressen dar. Heck führt nun aus, daß das Gesetz die gesellschaftlichen Nachinteressen in gleicher Weise schützen will, wie die Gesellschaftsinteressen. Die gesellschaftlichen Nachinteressen stellen auch meist den wirtschaftlichen Hauptgrund zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages dar. Die freien Sonderinteressen haben dagegen nach Heck bei der Abwägung der Relevanz von Willensmängeln der Gesellschaftsbeschlüsse auszuscheiden, da sie vom Gesetz nicht mit den anderen Gruppen auf die gleiche Stufe gestellt werden. Heck läßt im Gegensatz zu Kohler die Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen wegen Willensmängeln mit besonderen Modifikationen zu.[7]) Kohler hält dagegen a.a.O. eine Anfechtung von Beschlüssen aus Gründen, die eine einzelne Abstimmungserklärung betreffen, nicht für zulässig. Voraussetzung der Anfechtung ist nach Heck, daß sich die Willensmängel auf die Gesellschafts- oder die gesell-

[2]) Kormann, Gruchots Beitr. 57, S. 507
[3]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 72
[4]) Kohler, a. a. O.
[5]) Heck, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel in Festschrift für Gierke 1911, S. 322 ff., vgl. auch Heck, Schuldrecht § 124
[6]) A. a. O., S. 7
[7]) A. a. O., S. 329

schaftlichen Nachinteressen beziehen. Anfechtungsberechtigt ist der Einzelne aber nur dann, wenn seine Stimme selbständig relevant ist, insbesondere bei der Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip. Die Ausführungen Hecks beziehen sich auf Gesellschaftsbeschlüsse jeder Art. Für die Gesellschaftsbeschlüsse, die allein für die Innenbeziehungen der Gesellschafter untereinander von Bedeutung sind, für die Geschäftsführungsbeschlüsse, wird man einen weniger strengen Maßstab anlegen dürfen. Man wird in diesem Fall auch solche Willensmängel als relevant ansehen dürfen, die sich auf das individuelle Sonderinteresse eines Gesellschafters beziehen, sofern sie nicht mit Gesellschafts- oder gesellschaftlichen Nachinterssen kollidieren.

Wir kehren nunmehr zur weiteren Behandlung der Einzelfragen der Gesamtgeschäftsführung zurück. Die Stellung des einzelnen Geschäftsführers wurde schon oben gekennzeichnet. Aus dem Umstand, daß zum Zustandekommen eines Beschlusses die positive Mitwirkung jedes Geschäftsführers erforderlich ist, folgt sowohl ein Recht, wie auch eine Pflicht eines jeden Geschäftsführers zur Mitwirkung bei jedem Beschluß. Das Recht zur Mitwirkung scheidet sich in den Grundzügen nicht von dem bei den übrigen Typen der Geschäftsführung. Es besteht nicht allein in der Befugnis zur Stimmabgabe, sondern auch in dem Anspruch gegen die Mitgeschäftsführer auf Information über sämtliche Geschäftsvorgänge und Pläne, auf Einsicht in sämtliche Belege und Unterlagen. Dieses Recht geht über die Befugnis des § 118 HGB. weit hinaus, die jedem auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zusteht. Aus dem Wesen der Gesamtgeschäftsführung ergibt sich auch eine Pflicht jedes Geschäftsführers zur Mitwirkung. Da eine wirksame Handlung nur zustande kommen kann, wenn alle positiv, d. h. zustimmend mitwirken, ist jeder einzelne verpflichtet, mitzuwirken. Auch negative Mitwirkung, Ablehnung des vorgeschlagenen Beschlusses ist durchaus zulässig, eine Pflicht zur positiven Mitwirkung besteht nicht. Denn die Entscheidung über die Abstimmung ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Geschäftsführers überlassen. Unter Umständen kann allerdings auch eine Pflicht zur positiven Mitwirkung, die von der Pflicht zur Mitwirkung überhaupt zu unterscheiden ist, bestehen. Meist werden diese beiden Begriffe verwechselt, man lehnt die Pflicht zur Abstimmung ab und will in Wirklichkeit die Pflicht zur Zustimmung ablehnen.[8]) So führt Schlegel aus, daß bei der Gesamtgeschäftsführung meist eine tatsächliche Grundlage für die Entstehung von Rechten und Pflichten einzelner fehle. Er übersieht dabei, daß er selbst vorher[9]) darlegt, unter welchen Voraussetzungen der einzelne Geschäftsführer zur positiven Zustimmung zu Geschäftsführungsbeschlüssen verpflichtet ist. Seinen Ausführungen darüber ist zum großen Teil beizupflichten. Eine Pflicht zur positiven Zustimmung kann auf Grund einer besonderen Verpflichtung bestehen, der Geschäftsführer kann etwa obligatorisch, auf Grund

[8]) Haas, a. a. O., S. 7; Schlegel S. 16; Oelfke, Unterschiede der o.H.G. von der Gesellschaft des BGB., S. 11; Staub, a. a. O., Anm. 9 zu § 115

[9]) A. a. O., S. 16

eines Vertrags, zur Zustimmung verbunden sein. Die Pflicht zur positiven Mitwirkung kann sich auch aus einer ausdrücklichen oder konkludenten Bestimmung des Gesellschaftsvertrags ergeben.[10])

Das konsequent durchgeführte Gesamtgeschäftsführungssystem wird häufig zu Situationen führen, in denen im Interesse der Gesellschaft eine Geschäftsführungshandlung dringend notwendig wäre, in denen aber die zu einem ordnungsmäßigen Beschluß erforderliche Mitwirkung aller Geschäftsführer nicht erreicht werden kann. Das Gesetz berücksichtigt dies durch den Zusatz zu § 115: „Es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist". In diesem Falle ist nicht die Zustimmung aller Geschäftsführer erforderlich. Gefahr liegt dann vor, wenn ein Schaden, eine Einbuße an Vermögenswerten der Gesellschaft droht. Schaden in diesem Sinne ist aber nicht nur damnum emergens, sondern auch lucrum cessans, d. h. ein Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten stehen würde, wenn die Geschäftsführungshandlung vorgenommen würde.[11]) Oelfke bringt gegen die Anerkennung der Möglichkeit eines Gewinnentgangs vor, daß dann überhaupt jede Handlung zulässig sei, da immer die Möglichkeit bestehe, daß der Gesellschaft ein Gewinn entgehe. Wenn man die Bestimmung so auslegen wolle, liege also immer Gefahr im Verzug vor. Diese Argumentation geht fehl. Denn die Handlung wird nur dann vom Gesetz sanktioniert, wenn bei Verzögerung bis zur Herbeiführung eines Gesellschaftsbeschlusses ein Gewinnentgang zu befürchten ist, es genügt nicht, daß bei Nichtvornahme der Handlung überhaupt zu befürchten ist, daß der Gewinn der Gesellschaft entgehe. Der Verlust müßte vielmehr gerade infolge der Verzögerungen der Beschlußfassung entstehen. Zu weit geht Staub,[12]) wenn er ausführt, daß Gefahr im Verzug schon dann vorliege, wenn der Verlust eines Gewinns möglich wäre. Eine so weit gehende Auslegung würde schließlich die Gesamtgeschäftsführung völlig auflösen. Gefahr in Verzug rechtfertigt nun nicht etwa jedes eigenmächtige Verhalten, jede Abweichung von § 115 Abs. II HGB. Sie rechtfertigt die Abweichung nur insoweit, als sie erforderlich ist, die Gefahr abzuwenden. Immer ist die positive Mitwirkung möglichst vieler Gesellschafter erforderlich, soweit es die Nähe der Gefahr zuläßt.[13]) Die Gesamtgeschäftsführung endet aus all den Gründen, die in § 4 dargelegt wurden. So gilt insbesondere § 137 auch für die Gesamtgeschäftsführung. Bei Gefahr in Verzug sind die Erben zur Fortführung der Geschäfte verpflichtet. Haas[14]) will für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft die Anwendung dieser Bestimmung auf die Gesamtgeschäftsführung ausschließen, da im Falle der Gesamtgeschäftsführung

[10]) Schlegel, a. a. O.; Haas, a. a. O., S. 7
[11]) § 252 BGB.
[12]) Oelfke, a. a. O., S. 11
[13]) Staub, Anm. 7 zu § 115; Hahn, Komm. zum ADHGB. § 3, zu Art. 100; HOG. Nürnberg in ZHR. 21, 526
[14]) A. a. O., S. 59, s. auch oben, S. 25

auch der Verstorbene allein keine Geschäfte vornehmen durfte. Für die offene Handelsgesellschaft ist diese Auffassung auf jeden Fall abzulehnen. Denn wenn Gefahr in Verzug ist — der Begriff ist in § 137 HGB., der gleiche wie in § 115; — ist auch der einzelne Geschäftsführer zur Geschäftsführung befugt und verpflichtet. Wenn überhaupt der Fall des § 137 vorliegt, so liegt auch immer der des § 115 vor. Auch der Erbe ist zur Geschäftsführung zum Zwecke der Abwendung einer Gefahr befugt.

Neben der Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip greift die Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip nur dann Platz, wenn dies ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist.[15]) Der Begriff Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip ist kein eindeutiger. Es ist eine einfache oder eine qualifizierte Mehrheit,[16]) eine Kapitals- oder eine Kopfmehrheit denkbar. Eine Entscheidung darüber, was für eine Mehrheit gemeint ist, ist nur durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags möglich. Im Zweifel wird die Mehrheit eine Kopfmehrheit sein. Das folgt aus dem Charakter der offenen Handelsgesellschaft als Personalgesellschaft. Entscheidend ist in der Regel die Persönlichkeit des Gesellschafters und nicht die Höhe seiner Kapitalsbeteiligung. Die Mehrheit wird im Zweifel auch nur eine einfache Mehrheit sein. Wenn eine qualifizierte Mehrheit gemeint ist, muß dies ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein. Das Recht zur Mitwirkung besteht bei der Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip in gleichem Umfang, wie bei der mit Einstimmigkeitsprinzip. Dagegen wird die Pflicht zur Mitwirkung bei dieser Geschäftsführungsform weit seltener vorliegen, wie bei der Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip. Die Bestimmungen über die Erweiterung der Befugnis des einzelnen Geschäftsführers bei Gefahr in Verzug sind im Zweifel auch hier analog anwendbar.

---

[15]) RGZ. 114, 393. Das Reichsgericht behandelt die Grundsätze, die auf vertragsändernde Gesellschaftsbeschlüsse anzuwenden sind und stellt dabei fest, daß ein allgemeiner Grundsatz, wonach bei Personengesamtheiten in der Regel der Wille der Mehrheit zu entscheiden habe, weder für die offene Handelsgesellschaft noch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestehe. Vielmehr sei in der Regel die Zustimmung aller bei dem Beschluß mitwirkenden Gesellschafter erforderlich. Davon dürfe nur abgewichen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas abweichendes vorsehe.

[16]) Haas, a. a. O., S. 8

§ 8. Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters

Den Geschäftsführern stehen zunächst die allgemeinen Rechte und Pflichten der Gesellschafter zu.[1]) Daneben interessieren hier die besonderen Rechte und Pflichten, die aus der Sonderstellung der Geschäftsführer erwachsen. Sämtliche Rechte und Pflichten der Geschäftsführer lassen sich aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft als der handelsrechtlichen Art der Gesamthandgesellschaft ableiten. Haas[2]) bringt diesen Gedanken hinsichtlich der besonderen Rechte und Pflichten der Geschäftsführung in folgender Formulierung zum Ausdruck: „Es ist anerkanntes Rechtes, daß Träger der Rechte und Pflichten den geschäftsführenden Gesellschaftern gegenüber die andern Gesellschafter sind, aber nicht als Einzelpersonen, sondern als Gesamtheit gedacht, die ihren besonderen Ausdruck in einer gewissen Selbständigkeit des Gesamtvermögens findet."

Für die Gesellschaftsrechte und -pflichten im allgemeinen ist diese Formulierung allerdings zu eng. Auch für die besonderen Rechte und Pflichten der Geschäftsführer ist sie nicht völlig zutreffend. Sie läßt insbesondere die Scheidung nach Recht- und Pflichtseite vermissen, sie geht z. B. an der bereits früher berührten Frage vorüber, ob bei der Gesamtgeschäftsführung die Pflichten der Geschäftsführer als Gesamtpflichten aufzufassen sind und ob bei dieser Form überhaupt gesonderte Pflichten der einzelnen Gesellschafter bestehen oder nicht. Die Formulierung ist offensichtlich auf den Regelfall des Gesetzes, die Einzelgeschäftsführung, zugeschnitten.

Die Unterscheidung der Gesellschaftsrechte läßt sich nach verschiedenen Merkmalen treffen, nach den Subjekten, den Inhabern der Rechte und den Trägern der Pflichten und nach ihrem Inhalt und Umfang. Es wird sich im folgenden ergeben, daß keineswegs immer die Gesamtheit der Geschäftsführer bzw. der Gesellschafter Subjeke der Rechte und Pflichten sind. Nach beteiligten Subjekten zerfallen die Rechte und Pflichten in 4 Gruppen. Subjekt eines Rechtes oder

---

[1]) Auf die von Müller-Erzbach H. R. I, S. 184, RGZ. 106, 141 und 114, 43 und Hamel in „Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft" eingehend behandelte Frage, ob die o.H.G. juristische Person ist, ob sie es teilweise, das heißt in einzelnen Beziehungen ist, oder ob sie eine reine Gesellschaft ist, kommt es bei der Frage nach den Subjekten der Gesellschafter- bzw. Geschäftsführerrechte nicht an. Denn diese Frage ist für das Innenverhältnis der o.H.G., um das es sich hier handelt, bedeutungslos. Dagegen ist es auch hier im einzelnen sehr wichtig, ob ein Gesellschafter allein oder Gruppen von Gesellschaftern oder sämtliche Gesellschafter zur gesamten Hand Subjekte der Rechte oder Pflichten sind. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

[2]) A. a. O., S. 16

einer Pflicht kann entweder der einzelne Gesellschafter, eine Gruppe von Gesellschaftern oder die Gesellschaft als Gesamthand sein. Wenn man die beiden letzten Fälle als Sozialansprüche bzw. -pflichten zusammenfaßt, ergeben sich folgende Gruppen:

a) Rechte, die Sozialansprüche und Individualpflichten darstellen (die der Gesellschaft als Gesamtheit zustehen und sich gegen einen einzelnen Gesellschafter richten).
b) Rechte, die Individualansprüche und Sozialpflichten sind.
c) Rechte, die Individualansprüche und gleichzeitig Individualpflichten darstellen.
d) Rechte, die gleichzeitig Individual- und Sozialansprüche und Individual- und Sozialpflichten sind.

Zur ersten Gruppe gehört z. B. das Recht auf die Leistung der Gesellschaftsbeiträge, zur zweiten das auf Gewinnausschüttung, zur dritten das Recht eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter auf Zustimmung zu einem Gesellschaftsbeschluß auf Grund Vertrags, zur vierten Gruppe endlich der Anspruch auf Schadensersatz wegen gesellschaftswidriger Handlungen. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung für die Prüfung der Interessenlage im einzelnen Fall. Wenn widerstreitende Interessengruppen beteiligt sind, geht im Zweifel das Sozialinteresse vor. Ein Gegensatz zwischen mehreren Individualinteressen wird meist auf das allgemeine Gebiet des bürgerlichen Rechtes zu verweisen sein, ohne, daß eine gesellschaftsrechtliche Lösung des Konfliktes erforderlich ist. Diese Unterscheidung wird weiter für die Beurteilung der Relevanz von Willensmängeln bei der Beschlußfassung von Bedeutung sein. Eine andere Einteilung, nach dem Inhalt der beteiligten Rechte, ist gebräuchlicher. Müller-Erzbach[3]) teilt die Rechte ein in Mitverwaltungsrechte, die er als persönliche und unabtretbare Rechte bezeichnet und in geldwerte, abtretbare Ansprüche. Zu den letzteren zählt er den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben, zu den ersteren das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung.

Von den allgemeinen Rechten, die auch den Geschäftsführern zustehen, ist der Anspruch eines jeden Gesellschafters gegen jeden Mitgesellschafter auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrags, d. h. auf Leistung der ihm nach den Gesellschaftsvertrag obliegenden Pflichten zu nennen. Dieses Recht steht als Individualanspruch der korrespondierenden Individualpflicht gegenüber. Der Anspruch auf Erfüllung der Gesellschaftspflichten steht aber auch der Gesellschaft als solcher zu, das Recht ist im Sinne der obigen Ausführungen gleichzeitig ein Sozialanspruch.

Haas[4]) will allerdings für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die eine ganz andere Struktur, als die offene Handelsgesellschaft aufweist und im Gegensatz zu dieser meist nicht für die Dauer bestimmt ist, scheiden zwischen Angelegenheiten der verbundenen Gesellschafter und solchen der einzelnen. Das Recht

[3]) Lehrbuch des Handelsrechts, S. 189
[4]) A. a. O., S. 4

auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrags gibt er im ersteren Falle der Gesellschaft als Gesamtheit. Unter Angelegenheiten der einzelnen Gesellschafter versteht er solche, die sich erst auf die Herstellung der Gesellschaft beziehen. In anderem Zusammenhang wurde bereits auf diese Frage eingegangen.[5]) Es wurde bereits ausgeführt, daß die Unterscheidung von Haas, nach der der Anspruch auf Beitragsleistung ein reiner Individualanspruch ist, allenfalls für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gilt, jedoch nicht für die offene Handelsgesellschaft paßt. Es wird deshalb richtiger sein, den Anspruch auf Beitragsleistung als Individual- und gleichzeitig als Sozialanspruch anzusehen, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag darüber eine besondere Bestimmung trifft. Aus dem Anspruch auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrags folgt auch das Recht des § 118 HGB. auf Information und Einsicht in die Handelsbücher und Unterlagen, das jedem Gesellschafter zusteht. Weitere allgemeine Ansprüche der Gesellschafter sind: der Anteil am Geschäftsgewinn[6]), das Recht auf Entnahme,[7]) der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben.[8]) All diese Ansprüche sind reine Individualansprüche. Sie stehen dem einzelnen Gesellschafter und nicht der Gesellschaft zur gesamten Hand zu.

Die allgemeinen Pflichten der Gesellschafter sind das negative Abbild der allgemeinen Rechte. Die wichtigste Pflicht ist die zur Erfüllung des Gesellschaftsvertrags, das heißt zur Förderung des Gesellschaftszweckes. Der Ausschluß von der Geschäftsführung befreit die Gesellschafter nicht von jeder Verpflichtung, an den Gesellschaftsgeschäften teilzunehmen.[9]) Sie bleiben berechtigt und verpflichtet an den Beschlüssen mitzuwirken, die Angelegenheit sämtlicher Gesellschafter sind, das heißt bei gesellschaftsbegründenden und -organisierenden Geschäften und bei der Bestellung eines Prokuristen nach § 116 HGB. Als sekundäre Pflicht entsteht bei Verletzung dieser, wie auch der übrigen Pflichten eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Voraussetzung dieser Verpflichtung ist ein Verschulden in gesellschaftsrechtlichem Sinne. Maßstab des Verschuldens ist die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten.[10]) Der Schadensersatzpflichtige hat den gesamten Schaden zu ersetzen, der der Gesellschaft entsteht, auch den Schaden, der den Pflichtigen selbst anteilsmäßig trifft.[11]) Aus der Pflicht zur Erfüllung des Gesellschaftsvertrags fließt weiter die Pflicht zweckfeindliche Ereignisse nach Möglichkeit abzuwehren. Jeder Gesellschafter ist deshalb verpflichtet, den zuständigen Geschäftsführern von Gefährdungen des Gesellschaftszwecks Mitteilung zu machen, sobald ihm solche bekannt wer-

---

[5]) S. oben Seite 15
[6]) § 121 HGB.
[7]) § 122 HGB.
[8]) § 155 HGB.
[9]) Haas, a. a. O., S. 10
[10]) § 709 BGB.
[11]) Vgl. Schlegel, allgem. u. bes. Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter, S. 78

den.[12]) Es bedarf keiner weiteren Ausführung darüber, daß die Gesellschafter selbst verpflichtet sind, gesellschaftsschädliche Handlungen zu unterlassen.

Dem Anteil der Gesellschafter an dem Gewinn und am Auseinandersetzungsguthaben entspricht die Pflicht zur Beitragsleistung und die Pflicht zur Teilnahme an einem etwaigen Verlust. Zu den Rechten und Pflichten, die den Geschäftsführern in gleicher Weise, wie den übrigen Gesellschaftern zustehen, kommen die besonderen Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführerstellung. Das primäre Recht eines jeden Geschäftsführers ist die Befugnis zur Mitwirkung an der Geschäftsführung. Der Umfang dieser Befugnis ist verschieden, je nachdem es sich um Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung handelt. Bei der Einzelgeschäftsführung ist das Recht des Geschäftsführers, wie überhaupt seine ganze Stellung, freier und selbständiger. Das Recht auf Mitwirkung umfaßt zwei Rechte: Das auf Ladung zu den zur Fassung von Beschlüssen bestimmten Geschäftsführerversammlungen, und das Recht auf Stimmabgabe bei den Beschlüssen. In dieser positiven Form besteht das Mitwirkungsrecht des Geschäftsführers allerdings nur bei der Gesamtgeschäftsführung in jeder Schattierung, der mit Einstimmigkeits- und der mit Mehrheitsprinzip. Das Recht auf Mitwirkung besteht aber in dieser Form nicht bei der Einzelgeschäftsführung. Hier entspricht ihm das Widerspruchsrecht, das dem jeweils nichthandelnden Geschäftsführer die Möglichkeit bietet, seinen Einfluß bei jeder Geschäftsführungshandlung maßgebend geltend zu machen. Müller-Erzbach faßt das positive Abstimmungsrecht und das Widerspruchsrecht unter dem Ausdruck „Stimmrecht" zusammen.[13])

Die Folge der Verletzung des Mitwirkungsrechts ist bei der Gesamtgeschäftsführung Unwirksamkeit des gefaßten Beschlusses. Soweit durch die unbefugten Handlungen der übrigen Geschäftsführer der Gesellschaft oder dem einzelnen Gesellschafter ein Schaden entsteht, haben die übrigen der Gesellschaft oder dem Gesellschafter Schadensersatz zu leisten. Sie haften dabei, wie immer im Gesellschaftsrecht, für Vorsatz und culpa in concreto. Das Mitwirkungsrecht findet eine wichtige Ergänzung in dem Recht des Geschäftsführers auf Information über den Stand der Gesellschaftsangelegenheiten. Das Recht des Geschäftsführers geht über das allgemeine Recht des § 118 hinaus. Er hat auch bei der Einzelgeschäftsführung gegen seine Mitgeschäftsführer einen Anspruch auf Mitteilung der von diesen vorgesehenen Handlungen, damit ihm die Möglichkeit eröffnet wird, von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen. Nur auf Grund dieses Rechtes auf Information ist es den Geschäftsführern möglich, an der Führung der gesamten Gesellschaftsgeschäfte teilzunehmen, wie es das Gesetz vorsieht.

Für das Recht der Geschäftsführung sind ergänzend die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über den Auftrag heranzuziehen. So hat der Geschäftsführer gemäß § 670 BGB. einen Anspruch auf Ersatz der ihm erwachsenden

[12]) Haas, a. a. O., S. 10; Knoke, a. a. O., S. 50
[13]) A. a. O., S. 190

Aufwendungen. Der Begriff der Aufwendung bedarf in diesem Zusammenhange einer Klarstellung. Aufwendung ist jede auf freiem Willen beruhende Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines bestimmten Zwecks.[14]) Nur freiwillige Aufopferungen sind Aufwendungen, unfreiwillige fallen unter den Begriff Schaden. Gegenstand der Aufwendung kann jeder Vermögenswert sein, Geld, vertretbare und nichtvertretbare Sachen, nichtkörperliche Gegenstände, wie Rechte, Forderungen usw.[15]) Über die Verpflichtung der Gesellschaft zum Ersatz der Aufwendungen besteht nur eine Meinung. Dagegen ist es bestritten, in welchem Umfange die Gesellschaft dem Geschäftsführer für unfreiwillige Einbußen an Vermögenswerten bei der Geschäftsführung Schadensersatz zu leisten hat. Am weitesten geht in dieser Hinsicht Müller-Erzbach,[16]) der die Haftung für sämtliche Gefahren, die mit den Weisungen eines Interessenten verbunden sind, diesem aufbürdet. Ganz wird dieser Ansicht nicht zu folgen sein. Man wird die Gesellschaft für den Schaden nur dann verantwortlich machen können, wenn ihn eines der Gesellschaftsorgane zum mindesten fahrlässig verursacht hat.[17]) Die wichtigste Pflicht des Geschäftsführers ist die mit dem Mitwirkungs*recht* korrespondierende Mitwirkungs*pflicht*. Zur Geschäftsführung sind die geschäftsführenden Gesellschafter verpflichtet, sofern im Gesellschaftsvertrag *nichts anderes* bestimmt ist.[18]) Die *Pflicht zur Mitwirkung* richtet sich *nicht allein* darauf, daß die Geschäfte überhaupt geführt werden, sondern darauf, daß sie mit der gesellschaftsrechtlichen Sorgfalt geführt werden. Die Mitwirkungspflicht ist bei den verschiedenen Arten der Geschäftsführung verschieden ausgebildet. Am umfangreichsten ist sie bei der Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip. Sie wurde bereits in § 6 behandelt, wo dargelegt wurde, daß die Pflicht zur Mitwirkung nicht mit einer Pflicht zur positiven Mitwirkung verwechselt werden darf. Bei der Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip ist die Verantwortung des einzelnen Geschäftsführers deshalb nicht so groß, wie bei der mit Einstimmigkeitsprinzip, weil seine Stimme nicht in gleichem Maße relevant und weil auch nicht die Mitwirkung eines jeden Geschäftsführers unerläßlich ist. Wenn eine im Interesse der Gesellschaft erforderliche Handlung unterbleibt, so sind alle Geschäftsführer, die das Unterbleiben der Handlung verursacht und den daraus erwachsenden Schaden vorsätzlich oder fahrlässig im gesellschaftsrechtlichen Sinn verschuldet haben, zum Schadensersatz verpflichtet. Einen ganz anderen Charakter trägt die Pflicht zur Mitwirkung bei der Einzelgeschäftsführung. Hier besteht eine generelle Pflicht zur Mitwirkung nur dann, wenn eine Aufteilung der Geschäftsführung nach Sachgebieten unter den Geschäftsführern vorgenommen wurde. Dann ist jeder zur Geschäftsführung innerhalb seines Aufgaben-

---

[14]) RG. Ztschr. für Rechtspfl. in B., 1909, S. 276; Schlegel, a. a. O., S. 96
[15]) Haas, S. 45
[16]) Archiv f. ziv. Pr. 106, 464
[17]) RG. in Gruch. Beitr. 53, 975
[18]) § 114, I

kreises verpflichtet. Falls aber eine solche Aufteilung nicht vorgenommen wurde, besteht keine individuelle, sondern nur eine kollektive Verpflichtung der Gesamtheit aller Geschäftsführer zur Vornahme der im Gesellschaftsinteresse erforderlichen Handlungen. Bei Handlungen, die eine Verletzung dieser Kollektivpflicht darstellen, ist jeder Geschäftsführer insoweit ersatzpflichtig, als in seiner Person ein gesellschaftsrechtliches Verschulden vorliegt. Die Geschäftsführer haften aber alle als Gesamtschuldner nach § 412 BGB. Falls einer in Anspruch genommen wird, bleibt ihm der Regreß gegen die übrigen Gesellschafter, die ebenfalls für den Schaden haften. Die Pflicht zur Mitwirkung ist bei jeder Art der Geschäftsführung in der Regel eine Pflicht zur persönlichen Mitwirkung.[19]) Das folgt aus der höchst persönlichen Natur des Gesellschaftsvertrags. Eine Übertragung der Geschäftsführungspflichten ist in der Regel nicht zulässig. Erfolgt sie dennoch, so ist der Übertragende für jeden daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Eine Übertragung der selbständigen Geschäftsführungsbefugnis liegt aber nicht vor, wenn der Geschäftsführer eine bestimmte Handlung durch einen Dritten nach seiner Weisung vornehmen läßt. In diesem Falle ist der Dritte Erfüllungsgehilfe, der Geschäftsführer haftet nach § 278 BGB. Inwieweit der Gesellschafter bei der Einzelgeschäftsführung verpflichtet ist, unberechtigte Widersprüche zu unterlassen, ist bei der Behandlung des Widerspruchsrechts zu prüfen. Aus der Mitwirkungspflicht folgt eine sekundäre Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Verletzung der primären Pflicht. Die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht wurden bereits oben dargelegt. Der Umfang der Schadensersatzpflicht ist der gleiche, wie bei Verletzung der allgemeinen Verpflichtung zur Erfüllung des Gesellschaftsvertrags, Förderung des Gesellschaftszwecks. Der Schadensersatzpflichtige hat nicht nur damnum emergens, sondern auch lucrum cessans zu ersetzen. Neben den oben behandelten Hauptpflichten der Geschäftsführer besteht eine Reihe weiterer minderwichtiger Pflichten, so die Verpflichtung zur Erteilung von Information und die zur Rechnungslegung[20]) und zur Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer aus der Geschäftsführung erlangt hat.[21]) Diese beiden Pflichten sind eine Folge der Auftragsnatur der Geschäftsführung.

---

[19]) Haas, a. a. O., S. 24—25
[20]) § 666 BGB.
[21]) § 667 BGB.

§ 9. Geltendmachung der Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung

Die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis und überhaupt die besonderen Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung gelangen nur dann zu einer praktischen Bedeutung, wenn sie geltend gemacht werden. Zunächst sind die Fragen zu untersuchen, die hinsichtlich der Aktiv- und Passivlegitimation auftauchen. Die Frage der Aktivlegitimation ist bei den subjektiv-individuellen Ansprüche sehr einfach zu beantworten. Hier ist immer der Geschäftsführer legitimiert, in dessen Person der Anspruch auf Grund des Gesellschaftsvertrages oder des Gesetzes entstanden ist. Auch die Passivlegitimation bietet in den Fällen keine Schwierigkeit, in denen ein einzelner Gesellschafter verpflichtet ist. Zu Zweifeln kommt es bei der Aktiv- und Passivlegitimation nur dann, wenn die Gesellschaft oder die Gesamtheit der Geschäftsführer Träger des Rechtes bzw. der Pflicht ist. Fraglich ist es in diesen Fällen, ob die Geltendmachung eines Sozialanspruchs gegen den Gesellschafter zur Geschäftsführung oder zur Vertretung gehört bzw. ob Individualrechte gegen die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern oder gegenüber den Vertretern der Gesellschaft zu erheben sind.

Zweifelsfrei steht fest, daß die Frage, ob überhaupt Sozialrechte geltend gemacht werden sollen bzw. was auf die Geltendmachung von Individualansprüchen zu geschehen hat, zur Geschäftsführung gehört. Im übrigen wird man zwischen primären und sekundären Gesellschaftsrechten bzw. Gesellschafterrechten unterscheiden müssen. Die Geltendmachung primärer Gesellschaftsrechte ist Sache der Geschäftsführung. Der Anspruch auf Förderung des Gesellschaftszwecks gegen einen Gesellschafter oder der Anspruch auf Mitwirkung gegen einen Geschäftsführer ist seitens der Geschäftsführer geltend zu machen. Die Geschäftsführer und nicht etwa die Vertreter haben den säumigen Geschäftsführer zur Mitwirkung aufzufordern. Ebenso verhält es sich mit der Passivlegitimation. Zur Entgegennahme von Willenserklärungen, die sich auf primäre Individualansprüche beziehen, sind die Geschäftsführer befugt. Aktiv legitimiert zur Geltendmachung von sekundären Gesellschaftsansprüchen z. B. von Schadensersatzansprüchen sind dagegen die Vertreter. Denn hier handelt es sich nicht um innere Beziehungen der Gesellschafter untereinander wie bei den primären Gesellschaftsansprüchen, die sich innerhalb des Gesellschaftsvertrags abwickeln, sondern um Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter als einem Dritten, der der Gesellschaft aus irgend einem Rechtsgrunde zum

Schadensersatz verpflichtet ist. Das Gesetz geht aber in seiner ganzen Anlage darauf aus, den Geschäftsführern nur die Regelung der inneren Beziehungen der Gesellschafter untereinander anzuvertrauen, während es die Ordnung der Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten den Vertretern überlassen will. Aus dem gleichen Grunde folgt, daß zur Entgegennahme von Erklärungen, die sich auf sekundäre Rechte der Gesellschafter beziehen, die Vertreter legitimiert sind. Auch diese sekundären Rechte gehören nicht zum Innenverhältnis, auf das sich allein die Geschäftsführung nach der oben gegebenen Definition bezieht. Man kann diese Ausführungen dahin zusammenfassen, daß die Geltendmachung der primären Gesellschafts- und Gesellschafterrechte zur Innenfunktion und die der sekundären Rechte zur Außenfunktion der Gesellschaft gehört.

Die Regel ist, daß die aus der Geschäftsführung fließenden Rechte und Pflichten vom Gesellschafter persönlich ausgeübt werden. Das folgt aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft als Personalgesellschaft. Man darf aber daraus nicht etwa den Schluß ziehen, daß es grundsätzlich ausgeschlossen ist, daß sich ein Gesellschafter in der Ausübung seiner Rechte und Pflichten vertreten läßt.[1]) Vertretung ist aber nicht bei allen Verrichtungen des Gesellschafters zulässig, so insbesondere nicht bei den aus der Geschäftsführung[2]) fließenden Rechten und Pflichten. Das folgt aus der grundsätzlichen Natur der Geschäftsführung. Sie ist die Führung der Gesellschaftsgeschäfte durch die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter. Die Rechte des Geschäftsführers sollen und können aber nach dem Willen des Gesetzes, in der Regel auch nach dem Willen der Gesellschafter beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages, nur durch den Geschäftsführer ausgeübt werden. Auch die Interessenlage führt zu diesem Ergebnis. Die Gesellschafter haben bei der Gründung und bei der Ordnung der Geschäftsführung ihre Interessen für die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Art der Geschäftsführung ausreichend wahrnehmen können, sie haben jedoch nicht Vorsorge treffen können für den Fall der Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse durch einen Dritten. Auch das Interesse der Außenstehenden, das Publizitätsinteresse, verläuft in gleicher Richtung. Auch sie müssen sich auf die aus dem Handelsregister ersichtliche Regelung der Geschäftsführung

[1]) Das RG. läßt im Urteil vom 23. 11. 1928 (in höchstrichterl. Rechtsspr., Beilage zur Jur. Rundsch. 1929 Nr. 954, 1031). Die Vertretung in Gesellschafterrechten und -pflichten grundsätzlich zu. Es läßt aber die Frage offen, ob eine solche Vertretung bei allen Tätigkeiten der Gesellschafter zulässig ist. Die Frage der Zulässigkeit der Vertretung in Geschäftsführerhandlungen wird hier nicht entschieden (s. Anm. 2 unten). Bejaht wird die Zulässigkeit bedingungslos nur bei der Wahrnehmung vermögensrechtlicher Befugnisse.

[2]) Das RG. läßt in dem Urteil vom 12. 2. 1929 in Jur. Rundsch. (höchstrichterl. Rechtspr.) 1929 Nr. 1245 eine Vertretung bei Geschäftsführungshandlungen nur dann zu, wenn es sich um die Vertretung eines Gesellschafters durch einen gesetzlichen Vertreter handelt, z. B. wenn es sich um eine Aktiengesellschaft oder eine sonstige juristische Person handelt, die Mitglied der offenen Handelsgesellschaft ist. Eine rechtsgeschäftliche Vertretung ist nach dieser Entscheidung bei Geschäftsführungshandlungen nicht zulässig.

und die Ausübung der Befugnisse durch die Geschäftsführer verlassen können, wenn sie auch an der Innenfunktion der Gesellschaft nur ein mittelbares Interesse haben.

Die Geltendmachung der Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis, auch aus der Geschäftsführung, erfolgt entweder durch rechtsgeschäftliche Erklärung, oder im Prozeßwege, durch Prozeßrechtsgeschäft. Den Regelfall bildet die rechtsgeschäftliche Erklärung. Sie kann entweder eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung oder ein Sozialrechtsgeschäft, Teil eines Gesamtakts, sein. Letzteres ist sie immer dann, wenn der Geschäftsführer bei einer Beschlußfassung positiv mitwirkt. Die negative Mitwirkung, die Geltendmachung des Widerspruchsrechts, erfolgt dagegen in Form einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Die Geltendmachung der positiven Rechte des Geschäftsführers bei der Einzelgeschäftsführung kann entweder in Form eines Rechtsgeschäfts oder in Form einer einfachen Tathandlung, wie Führung der Bücher, Aufstellung der Bilanz, Übergabe eines verkauften Gegenstandes, erfolgen.[3]) Auf dem Prozeßwege können nur die sekundären Gesellschafts- und Gesellschafterrechte geltend gemacht werden. Nur in dieser Hinsicht tritt das Gesellschaftsverhältnis nach außen in Erscheinung. Prozesse sind daher nur bezüglich der sekundären Gesellschafts- und Gesellschafterrechte möglich.[4]) Zur Prozeßführung sind nach außen hin nur die Vertreter und nicht die Geschäftsführer befugt. Sofern es überhaupt zu einem Rechtsstreit zwischen einem Geschäftsführer und der Gesellschaft aus der Geschäftsführung kommen kann, ist zur Führung des Rechtsstreits auf Seiten der Gesellschaft immer nur der Vertreter legitimiert.

---

[3]) Schlegel, a. a. O., S. 13
[4]) Staub, Anm. 9 zu § 115 HGB.

II. Das Widerspruchsrecht

§ 10. Begriff und Inhalt des Widerspruchsrechts

Der Widerspruch des § 115 HGB. ist ein dem Gesellschaftsrecht eigentümlicher Begriff. Einen Widerspruch in ähnlichem Sinne kennt das Gesetz außerhalb des Gesellschaftsrechtes nicht. Der Widerspruch des § 115 HGB. besitzt eine völlig andere Bedeutung als der im Sinne der § 182 ff. BGB. Der Begriff des Widerspruchs ist in der gesellschaftsrechtlichen Literatur und in der Rechtsprechung nur selten näher gewürdigt worden.[1]) Das Reichsgericht hat sich eingehender erst in einer neueren Entscheidung damit befaßt.[2]) Meist legt man den allgemeinen Begriff des Widerspruchs zugrunde und gar manche offensichtliche Fehlentscheidung ist darauf zurückzuführen, daß man sich über das Wesen des gesellschaftsrechtlichen Widerspruchs, über die dem Widerspruch zugrundeliegende Interessenlage, nicht völlig klar geworden ist.

Haas[3]) definiert den Widerspruch kurz als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Das ist eine zutreffende rechtliche Charakterisierung, aber keine ausreichende Begriffsbestimmung. Um über die rechtliche Wirkung und Bedeutung des Widerspruchsrechts Klarheit zu erlangen, ist eine nähere Begriffsbestimmung notwendig. Wörtlich bedeutet Widerspruch die Erklärung des Nichteinverstandenseins mit einer Handlung. Demgemäß wird man unter dem Widerspruchsrecht des § 115 HGB. die bei der Einzelgeschäftsführung einer O.H.G. jedem geschäftsführenden Gesellschafter zustehende Befugnis verstehen müssen, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit rechtsverbindlicher Wirkung für die übrigen Gesellschafter sein Nichteinverstandensein mit einer geplanten Geschäftsführungshandlung zu erklären. Das Widerspruchsrecht der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches[4]) ist mit diesem Recht bei der offenen Handelsgesellschaft identisch, sofern es dort überhaupt besteht, das

---

[1]) Möller am angegebenen Ort, S. 51, sieht im Widerspruchsrecht einen Ausdruck des Prinzips der gesamten Hand. Diese Auffassung ist nicht ganz zutreffend. Der Grundsatz der gesamten Hand kommt zwar im ganzen Geschäftsführungsrecht, insbesondere bei der Regelung der Aktivlegitimation (s. § 12) zum Ausdruck. Das Institut des Widerspruchs ist aber bei Betrachtung der zugrundeliegenden Interessenregelung als Ausfluß des Sicherheitsinteresses sämtlicher Gesellschafter erklärlich, es ist nicht ein besonderer Ausdruck des Prinzips der Gesamthandgesellschaft.

[2]) RGZ. 109, 56 ff.

[3]) A. a. O., S. 11

[4]) § 711 BGB.

heißt, soweit bei dieser Gesellschaft Einzelgeschäftsführung vereinbart ist. Die Einzelgeschäftsführung bildet aber bei der offenen Handelsgesellschaft die Regel, während sie bei der Gesellschaft des BGB. nur bei ausdrücklicher Vereinbarung eintritt. Das Widerspruchsrecht ist deshalb bei der offenen Handelsgesellschaft weit häufiger und deshalb von größerer Bedeutung als bei der Gesellschaft des BGB. Das Widerspruchsrecht steht dem geschäftsführenden Gesellschafter zu. Es steht nur dem geschäftsführenden und nicht etwa auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zu.[5]) Damit ist aber auch gesagt, daß das Widerspruchsrecht in der Regel jedem geschäftsführenden Gesellschafter zukommt.[6]) Das Widerspruchsrecht ist eine Befugnis, ein Können, aber kein Müssen. Der Ausdruck Widerspruchsrecht ist daher im Gegensatz zum Ausdruck Geschäftsführungsrecht eindeutig. Eine allgemeine Pflicht der Geschäftsführer zur Erhebung des Widerspruchs besteht nicht. Eine solche Pflicht ließe sich auch kaum realisieren, sie würde die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters noch schwieriger und undurchsichtiger gestalten, als sie es ohnehin schon ist. Der Widerspruch ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Er muß sämtliche Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllen. Er ist nicht etwa bloß eine rein tatsächliche Äußerung, die schon deshalb nicht den Charakter eines Rechtsgeschäftes tragen kann, weil sie nur im Innenverhältnis der Gesellschaft Wirkung hat. Dieser Umstand spricht jedoch nicht dagegen, den Widerspruch als Rechtsgeschäft aufzufassen. Der Begriff des Rechtsgeschäftes setzt lediglich einen auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichteten Willen und eine Erklärung dieses Willens voraus. Auch eine Erklärung, die nur innerhalb eines bestimmten Kreises Rechtswirkungen haben soll und hat, ist eine Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft. Der Widerspruch ist ein Rechtsgeschäft mit relativer, nicht absoluter Wirkung.

Man kann den Widerspruch zwar mit dem Zustimmungsrecht der Gesamtgeschäftsführung unter dem Oberbegriff Mitwirkungsrecht, Stimmrecht (nach Müller-Erzbach) zusammenfassen. Dabei ist aber zu beachten, daß der Widerspruch rechtlich ganz anders zu bewerten ist, als die Ausübung des positiven Zustimmungsrechts. Dieses ist ein Teil eines Gesamtakts, es ist eine unvollkommene, abhängige Willenserklärung, während das Widerspruchsrecht eine völlig selbständige Willenserklärung darstellt. Gerade hierin liegt der Hauptunterschied des Widerspruchs zu den Abstimmungserklärungen der übrigen Geschäftsführungsformen, insbesondere der Gesamtgeschäftsführung jeder Art. Es geht aus diesem Grunde nicht an, das Widerspruchsrecht als negatives Zustimmungsrecht zu bezeichnen, das nur einen graduellen Unterschied zu dem positiven Abstimmungsrecht zeige.[7]) Daß sich das Widerspruchsrecht vom Abstimmungsrecht nicht nur graduell, sondern begriffsmäßig unterscheidet, zeigt sich bei der Behandlung der Wirkungen von Willensmängeln. Die Anfechtung

[5]) Müller-Erzbach, a. a. O., Kap. 38, Bd. II, 3
[6]) Siehe unten § 12
[7]) Schlegel, a. a. O., S. 25

einer Zustimmungserklärung bzw. -verweigerung bemißt sich nach den von Heck[8]) entwickelten Grundsätzen über die Anfechtung von Gesamtakten. Die Anfechtung eines Widerspruchs bestimmt sich dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anfechtung von Willenserklärungen § 117 ff. BGB., allerdings mit gewissen Modifikationen. Der Widerspruch ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Rechtliche Wirksamkeit kann ihm erst dann zukommen, wenn er einem Empfangsberechtigten zugegangen ist. Vorher ist er rechtlich nicht existent. Die Frage, wer empfangsberechtigt ist, läßt sich nicht immer einfach beantworten. Sie ist in § 12 noch näher zu behandeln.

Der Widerspruch kann begriffsmäßig nur vor der Vornahme einer Handlung erhoben werden. Die Handlung, gegen die er sich richtet, darf noch nicht abgeschlossen sein. Es kann häufig zweifelhaft sein, inwieweit eine Handlung abgeschlossen ist und nicht mehr durch einen Widerspruch angegriffen werden kann. Das gilt insbesondere für Geschäfte, die nicht in einer einzelnen, sondern in einer Reihe von Handlungen bestehen, die eine Parallele zu den fortgesetzten Handlungen des Strafrechts bilden. Bei der Prüfung der Wirkung eines Widerspruchs in solchen Fällen muß historisch vorgegangen werden. Sämtliche Handlungen, die zeitlich vor dem Zugang des Widerspruchs an den Empfangsberechtigten liegen, können vom Widerspruch nicht mehr erfaßt werden. An einem Beispiel sei dies aufgezeigt: Der Geschäftsführer weist einen Vertreter zum Kauf von 10 Waggon Kohle an. Der Vertreter hat bereits 6 Waggon gekauft, als ein anderer Geschäftsführer dem Ankauf von Kohlen überhaupt widerspricht. Der Widerspruch hat nur die Wirkung, daß der Ankauf von weiteren Kohlen zu unterbleiben hat, während der Kauf der 6 Waggon vollkommen gültig ist, sowohl für den Vertreter, wie auch für den Geschäftsführer.[9]) Aber nicht immer ist die Trennung so leicht wie in diesem Beispiel. Vor allem ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerspruchs nicht immer eindeutig zu bestimmen. Es kann auch zweifelhaft sein, ob eine Handlung vor der Erhebung des Widerspruchs vorgenommen wurde. Die Beweislast dafür, daß ein wirksamer, rechtzeitiger Widerspruch vorliegt, trifft im Zweifelsfall den, der Rechte aus dem Widerspruch ableitet.

Der Widerspruch muß sich gegen eine Handlung richten. Handlung in diesem Sinne ist alles, was Gegenstand der Geschäftsführung sein kann, Rechts-

[8]) A. a. O., S. 338: Die Relevanz des Irrtums darf bei Gesellschaftsbeschlüssen nicht auf dem Eingreifen von freien Sonderinteressen beruhen.

[9]) Düringer-Hachenburg führt am a. O. Anm. 4 zu § 115 an, daß alle rein internen Anordnungen wieder aufzuheben seien. So habe die Fabrikation von Waren durch die Arbeiter einer Fabrik vom Augenblick des Widerspruchs an zu unterbleiben. Wenn es sich um rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten handle, solle maßgebend sein, ob der Dritte bereits Rechte erworben habe. Demgegenüber ist aber, wie schon oben angedeutet, darauf hinzuweisen, daß Geschäftsführung und Vertretung streng zu trennen sind. Es kommt hinsichtlich der Zulässigkeit des Widerspruchs nicht darauf an, wie sich der Widerspruch gegenüber Dritten auswirkt.

geschäfte, wie Tathandlungen. Der Widerspruch kann sich aber nur gegen Geschäftsführungshandlungen richten, nicht gegen Handlungen der Vertreter. In dieser Hinsicht ist aber eine Prüfung der Wirksamkeit häufig sehr schwer, besonders dann, wenn die Geschäftsführer gleichzeitig Vertreter sind. Dieser Fall ist der Regelfall des Gesetzes und kommt auch in der Praxis sehr häufig, in der Mehrzahl aller Fälle vor. Soweit der Geschäftsführer eine Handlung als Vertreter, mit Rechtswirkung nach außen vornimmt, unterliegt er nicht dem Widerspruch. Wenn streitig ist, inwieweit die Handlung eines solchen Geschäftsführers als Geschäftsführungshandlung anzusehen ist, trifft ebenfalls die Beweislast dafür den, der Rechte aus dem Widerspruch ableitet. Der Widerspruch kann sich nur gegen eine Geschäftsführungshandlung richten, eine Handlung, die zur Geschäftsführung gehört. Handlungen, die nach der früher gegebenen Begriffsbestimmung über den Rahmen der Geschäftsführung hinausgehen, z. B. gesellschaftsorganisierende Handlungen, unterliegen nicht dem Widerspruch. Die Beschlußfassung über solche Fragen bestimmt sich nach den besonderen dafür geltenden Vorschriften.

Von einer Erklärung des Widerspruchs kann nur dann die Rede sein, wenn der Wille zu widersprechen erklärt ist. Auf der einen Seite genügt die Erklärung des Willens. Es ist nicht erforderlich, daß auch die Gründe, die den Gesellschafter zum Widerspruch bestimmt haben, angegeben werden.[10]) Andererseits muß der Wille die Vornahme der Handlungen zu verhindern, erklärt werden. Wenn lediglich ein Wunsch oder eine theoretische Meinung bezüglich der in Frage stehenden Handlungen angeführt wird, so ist der Widerspruch nicht wirksam erklärt. Doch genügt es, wenn der Wille deutlich erklärt ist, es ist nicht erforderlich, daß er ausdrücklich erklärt wird.[11]) Es ist vielmehr auch die Erklärung des Widerspruchs durch konkludentes Verhalten möglich.

[10]) Mahnkopf, Die Rechtsverhältnisse zwischen der o.H.G. und den einzelnen Gesellschaftern, S. 22 ff.

[11]) Vgl. Düringer-Hachenburg, a. a. O. Anm. 4 zu § 115

§ 11. Umfang und Grenzen des Widerspruchs

Das Gesetz hat das Widerspruchsrecht nicht klar und eindeutig abgegrenzt. Nach verschiedenen Richtungen hin bestehen über die Grenzen des Widerspruchsrechts und besonders über die seiner Wirkung Meinungsverschiedenheiten. In einem Punkte scheinen sich alle Schriftsteller, die das Geschäftsführungsrecht der offenen Handelsgesellschaft behandelt haben, und die Praxis einig zu sein: Übereinstimmend hält man einen generellen Widerspruch für unzulässig.[1]) Dagegen ist man sich darüber nicht einig, was unter generellem Widerspruch verstanden werden soll. Staub begreift darunter a. a. O. „ein allgemeines Verbot gegen die Geschäftsführung eines Gesellschafters". Er läßt dabei offen, ob ein Widerspruch gegen sämtliche Geschäftsführungshandlungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums noch als zulässiger, oder als genereller unzulässiger Widerspruch anzusehen ist. Die Unzulässigkeit eines generellen Widerspruchs wurde bereits in der früher zitierten Entscheidung des Handelsobergerichts Nürnberg ausgesprochen.[2]) Das Reichsgericht[3]) schränkt den Begriff des „generellen Widerspruchs stark ein. Es hält einen Widerspruch, der sich gegen einen bestimmten Kreis von Handlungen richtet, noch für zulässig. Die gleiche Ansicht äußert Schlegel:[4]) Der Widerspruch muß sich gegen ein konkretes Geschäft oder doch eine bestimmte Gruppe von Geschäften richten. Die Begriffe „bestimmte Gruppe", „bestimmter Kreis" sind vieldeutig. Man kann mit diesen Begriffen bei der Prüfung der Wirksamkeit eines allgemein gehaltenen Widerspruchs nicht viel anfangen.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern ist im Gegensatz zu den vorgenannten der Ansicht, daß § 115 HGB. einschränkend auszulegen sei. Sie halten einen Widerspruch nur dann für rechtswirksam, wenn er sich gegen eine bestimmte Handlung richtet, sie billigen einen Widerspruch, der sich gegen eine Mehrheit von Handlungen richtet, keine Rechtswirksamkeit zu. Unter generellem Widerspruch wird hier überhaupt jeder Widerspruch gegen eine Mehrheit von Handlungen verstanden. So erklärt Haas:[5]) „Unbeachtlich ist ein Widerspruch, der

[1]) Staub, Anm. 4 b zu § 115; Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O., S. 106; Staudinger, Anm. 1 b zu § 711; Schlegel, S. 27 ff.; Haas, S. 11
[2]) Busch, Archiv 18, 151
[3]) RGZ. 84, 136
[4]) A. a. O., S. 27
[5]) A. a. O., S. 11

sich gegen einen ganzen Kreis von Geschäften wendet." Mahnkopf[6]) führt aus: „Dadurch, daß das Gesetz den Widerspruch nur gegen eine Handlung gestattet, ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß durch ein generelles Veto gegen eine ganze Gruppe von Geschäften oder gegen alle Handlungen eines geschäftsführenden Gesellschafters der Betrieb ganz oder teilweise lahm gelegt wird." Am weitesten geht Hergenhahn-Tuchatsch:[7]) „Voraussetzung für den Widerspruch ist jedoch, daß er gegen die Vornahme einer Handlung, das heißt gegen einzelne bestimmt vorzunehmende Handlungen gerichtet ist. Ein generelles oder für noch unbestimmte Eventualitäten erhobenes Veto ist nicht zu berücksichtigen." Aber auch diese Formulierung ist nicht eindeutig, sie bietet nicht in allen Fällen ein brauchbares Mittel für die Prüfung der Zulässigkeit eines Widerspruchs. Um zu einer brauchbaren Lösung dieser Frage zu gelangen, muß von der dem Widerspruch zugrundeliegenden, vom Gesetzgeber berücksichtigten Interessenlage ausgegangen werden. Das Widerspruchsrecht steht den Gesellschaftern nicht etwa lediglich und in erster Linie in ihrem eigenen Interesse zu, wie z. B. das Recht auf Gewinnbeteiligung. Das Widerspruchsrecht ist vielmehr im Interesse der Gesellschaft als Regulativ in das System der Einzelgeschäftsführung eingebaut. Es soll dazu dienen, die Gefahren, die eine unkontrollierte Handhabung der weitgehenden Befugnisse des Einzelgeschäftsführers für die Gesellschaft darstellt, und zwar für die primären Gesellschaftsinteressen in gleicher Weise, wie für die sekundären gesellschaftlichen Nachinteressen, nach Möglichkeit zu verhindern. Dabei ist aber davon auszugehen, daß das Hauptgewicht bei der Einzelgeschäftsführung auf die möglichst weitgehende Handlungsfreiheit jedes Geschäftsführers gelegt ist. Die Handlungsfreiheit des Geschäftsführers soll bei dem System der Einzelgeschäftsführung der Gesellschaft eine Elastizität, Beweglichkeit und Schlagfertigkeit verleihen, die für gewisse Gesellschaftsunternehmungen unerläßlich ist. Das Widerspruchsrecht soll nur insoweit regulierend wirken, als dies notwendig ist, um die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft durch unüberlegte, böswillige oder sonstige gesellschaftsfeindliche Handlungen eines Geschäftsführers abzuwenden. Das Wirkungsgebiet des Widerspruchs darf nur innerhalb dieser Grenze ausgedehnt werden. Das Gesetz spricht nur vom Widerspruch gegen eine Handlung. Damit ist eine im Augenblick der Erklärung des Widerspruchs bereits bestimmte oder individuell bestimmbare Handlung gemeint. Nur ein Widerspruch, der sich gegen eine solche Handlung richtet und nur soweit er sich gegen eine solche Handlung richtet, hat Rechtswirksamkeit. Nur dann, wenn eine bestimmte Handlung bereits vorgeschlagen oder eine individuell bestimmbare Handlung bereits in Aussicht genommen ist, liegt die Situation vor, die dem Gesetzgeber bei der Schaffung des Widerspruchsrechts vorgeschwebt hat. Nur dann läßt es sich beurteilen, ob durch die in Aussicht stehende Handlung eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen zu befürchten steht. Auf Grund dieser einschränkenden Interpretation des Wider-

[6]) A. a. O., S. 22
[7]) A. a. O., S. 106

spruchsrechts wird die oben berührte Frage, ob es zulässig ist, gegen sämtliche innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorzunehmenden Geschäftsführungshandlungen aller oder eines einzelnen Geschäftsführers Widerspruch zu erheben, zu verneinen sein. Denn die Handlungen, gegen die in diesem Fall Widerspruch erhoben werden sollen, sind weder bestimmt, noch individuell bestimmbar. Es läßt sich nicht beurteilen, ob durch diese Handlungen, die vom Widerspruch erfaßt werden sollen, innerhalb des bestimmten Zeitraums die Gesellschaftsinteressen gefördert oder geschädigt werden. Dagegen wäre es in der heutigen Krisenzeit durchaus zulässig, wenn ein Gesellschafter dem Abschluß sämtlicher Kreditverkäufe durch die Gesellschaft widerspricht. Denn der Widerspruch richtet sich hier zwar nicht gegen bestimmte, wohl aber gegen individuell bestimmbare Handlungen, bezüglich deren sich schon im Zeitpunkt der Erhebung des Widerspruchs beurteilen läßt, ob und inwieweit sie die Gesellschaftsinteressen zu gefährden vermögen. Die Entscheidung von Grenzfällen bleibt naturgemäß auch bei der oben dargestellten Begrenzung des Widerspruchsrechts offen. So wird es z. B. zweifelhaft sein, ob es zulässig ist, dem Verkauf eines bestimmten Gegenstandes für immer zu widersprechen, wenn dieser Verkauf noch gar nicht in Aussicht genommen ist. Meistens wird sich aber bei Abwägung des Gegensatzes zwischen Beschleunigungs- und Sicherheitsinteresses eine Entscheidung über die Wirksamkeit des erhobenen Widerspruchs treffen lassen. Schrifttum und Rechtsprechung verkennen häufig, die dem Gesetz zugrundeliegende Interessenverteilung. Sie überschätzen das Sicherheitsinteresse zu Ungunsten des die Einzelgeschäftsführung beherrschenden Beschleunigungsinteresses, das bei der Auslegung der Rechtsinstitute dieses Geschäftsführungssystems immer den Ausschlag zu geben hat. Das Widerspruchsrecht ist keineswegs ein um seiner selbst Willen dem Geschäftsführer zustehendes, kaum einschränkbares Recht, es stellt vielmehr gleichsam eine Notbremse dar, die nur bei Gefahr in Bewegung gesetzt werden soll. Von diesen Grundsätzen ist auch bei der Entscheidung der übrigen, das Widerspruchsrecht berührenden Rechtsfragen auszugehen, so auch in der Frage des schikanösen Widerspruchs. Es ist zu unterscheiden zwischen dem schikanösen Widerspruch in engerem und in weiterem Sinne. Im engeren Sinne ist der Widerspruch dann schikanös, wenn er nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.[8]) Nach allgemeiner Ansicht ist der Widerspruch in diesem Falle unwirksam.[9]) Ein schikanöser Widerspruch in diesem Sinne wird nur selten vorliegen, und noch seltener nachzuweisen sein, wie ja überhaupt die Voraussetzungen des § 226 BGB. in der Praxis sehr schwer nachweisbar sind. Der Widersprechende wird in den meisten Fällen leicht nachweisen können, daß der Widerspruch noch einen anderen Zweck haben könne, als den der Schadenzufügung. Wenn man sich darauf beschränkt, nur den schikanösen Widerspruch in diesem engen Sinne auszuschalten, so würde einer mißbräuchlichen Benützung des Widerspruchsprozesses Tür und Tor geöffnet. Ein böswilliger Geschäfts-

[8]) § 226 BGB.
[9]) Staub, Anm. 4 a zu § 115

führer wäre in der Lage, die Führung der gesamten Gesellschaftsgeschäfte zu unterbinden. Das von den Gesellschaftern bei der Vereinbarung der Einzelgeschäftsführung in den Vordergrund gestellten Beschleunigungsinteresse käme nicht zur Geltung. Die Führung der Gesellschaftsgeschäfte würde ungemein erschwert und das Gegenteil des von den Gesellschaftern erstrebten Erfolges würde eintreten. Trotz dieser Folgen lehnt die herrschende Meinung eine über § 226 hinausgehende Einschränkung des Widerspruchsrechts ab. So führt Haas[10]) aus: „Nimmt ein Gesellschafter trotz des Widerspruchs das Geschäft vor, so ist sein Verhalten rechtswidrig und er hat für die Folgen einzustehen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Widerspruch sachlich nicht begründet oder gar schikanös erfolgt ist; denn es ist unbedingt daran festzuhalten, daß die Ausübung des Widerspruchs ein unbedingtes Recht ist, dessen Geltendmachung grundsätzlich in das freie Ermessen des Berechtigten gestellt ist. Hiervon dürfte nur dann eine Ausnahme zuzulassen sein, wenn der Tatbestand des § 226 vorliegt, das heißt wenn der Widerspruch nur den Zweck haben kann, einen anderen, also hier den handelnden Geschäftsführer oder einen anderen Gesellschafter zu schädigen. Es kann dahingestellt bleiben, ob solche Fälle in der Praxis überhaupt vorkommen können, jedenfalls dürften sie zu den verschwindenden Ausnahmen gehören, weil irgend ein Interesse des Widersprechenden meist nachweisbar ist." Diese Ausführungen sind in ihrer Einseitigkeit typisch. Haas erkennt klar die nachteiligen Folgen einer solchen Interpretation. Er sieht ein, daß mit § 226 BGB. in den seltensten Fällen etwas anzufangen ist. Da er aber im Widerspruch ein uneinschränkbares, dem Geschäftsführer frei verliehenes Geschäft erblickt, lehnt er jede Einschränkung dieses Rechtes ab. Diese Betrachtungsweise, die sich in rein formaler Weise an den Wortlaut des Gesetzes hält, übersieht, daß in dem Gesetz gar nicht von einem Recht zum Widerspruch die Rede ist.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung wird man deshalb auch einem schikanösen Widerspruch in weiterem Sinne keine Rechtswirksamkeit zubilligen dürfen. Das Widerspruchsrecht findet seine Grenzen in dem Zweck, dem es dient. Der Zweck des Widerspruchs ist, wie dargelegt, die Gesellschaft bzw. die beachtenswerten Interessen der Gesellschafter vorGefährdungen durch Handlungen des einzelnen Geschäftsführers zu schützen. Der Widerspruch ist deshalb nur insoweit wirksam, als er die Gesellschaftsinteressen, die gesellschaftlichen Nachinteressen oder ein berechtigtes Sonderinteresse fördert oder nach dem Willen des Berechtigten bei der Erklärung fördern sollte. Er ist unwirksam, wenn er weder eine der angegebenen Interessengruppe fördert, noch nach dem Willen des Widersprechenden fördern sollte.[11]) Die hier vertretene Meinung kommt auch bei Düringer-Hachenburg[12]) zum Ausdruck, der anführt, daß der Widerspruch dem Geschäftsführer nicht allein zu seinem Schutze gegen die

[10]) A. a. O., S. 13
[11]) OLG. in ZHR. 35, 230
[12]) HGB. IV zu § 115 Anm. 5

schrankenlose Berechtigung der übrigen Geschäftsführer der Gesellschaft verliehen worden sei, sondern, daß er in erster Linie dazu dienen solle, den Gesellschaftsvertrag und den darin verfolgten Zweck zu fördern. Die Gültigkeit eines Widerspruchs sei daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilen. In der Literatur herrscht in diesem Punkte häufig große Unklarheit. Ludewig[13]) vertritt zu Beginn seiner Ausführungen die hier vertretene Meinung. Er lehnt es ausdrücklich ab, den Geschäftsführern die Möglichkeit einer willkürlichen Ausübung des Widerspruchsrechts zu geben. Im letzten Teil des Aufsatzes schließt er sich aber der hier bekämpften Ansicht an, wonach der Widerspruch, abgesehen von den Fällen der Schikane nach § 226 BGB. und der Beteiligung des Widersprechenden nicht ausgeschlossen werden könne. Er verweist die Gesellschaft auf die Möglichkeit einer Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder des Ausschlusses des schikanös Widersprechenden aus der Gesellschaft. Auch Mahnkopf schränkt das Widerspruchsrecht bei schikanöser Handhabung weitgehend ein.[14]) Er führt aus, daß der Gesellschafter, der trotz Geltendmachung eines Widerspruchs durch einen anderen Geschäftsführer gehandelt habe, für jeden Erfolg hafte. Er stehe aber gerechtfertigt da, wenn die Handlung zum Besten der Gesellschaft ausgeschlagen sei. In diesem Falle entfalle nicht nur die Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern auch jeder weitere Rechtsnachteil für den handelnden Gesellschafter. Auch diese Anschauung, die sehr vorsichtig ist, steht zur herrschenden Meinung im Gegensatz. Nach dieser kann die Gesellschaft im Falle des Widerspruchs bzw. des Handelns eines Gesellschafters gegen einen Widerspruch immer verlangen, daß der handelnde Gesellschafter sämtliche Rechtsfolgen des verbotswidrig vorgenommenen Geschäftes auf sich nimmt, gleichgültig, ob das Geschäft zum Vorteil oder zum Nachteil der Gesellschaft ausgeschlagen ist.[15]) Die hier gezogenen Grenzen des Widerspruchs sind sehr eng. Es geht nicht an, die Befugnis zum Widerspruch noch weiter einzuschränken, wie es Schlegel[16]) will: „Ist ein Vertrag abgeschlossen, so kann durch Widerspruch nicht mehr seine Erfüllung verhindert werden. Denn es handelt sich nicht mehr um einen freiwilligen Geschäftsführungsakt, sondern um Rechtspflichten gegen den Vertragsgegner." Diese Ansicht, der schon oben[17]) entgegengetreten wurde, beruht offenbar auf einer Verwischung der Grenzen des Geschäftsführungsrechts und der Vertretung. Die Frage der Wirksamkeit des Widerspruchs nach innen hat grundsätzlich mit den Rechtsbeziehungen der

---

[13]) Grenzen des Stimmrechts des geschäftsführenden Gesellschafters einer o.H.G. in JW., 1925, S. 256

[14]) A. a. O., S. 24

[15]) Staub, Anm. 4 a zu § 115. Dagegen steht nach dieser Ansicht dem Handelnden kein Anspruch auf Übernahme der Rechtswirkungen seiner verbotswidrigen Handlung zu, etwa dann, wenn das Geschäft beträchtliche Vorteile eingebracht hat. Die Gesellschaft kann in diesem Falle die Handlung für sich in Anspruch nehmen.

[16]) A. a. O., S. 27

[17]) S. 47 ff.

Gesellschaft nach außen nichts zu tun. Sofern die Handlung noch nicht als abgeschlossen anzusehen ist, ist die Erhebung des Widerspruchs gegen die weitere Erfüllung des Vertrags zulässig, ohne Rücksicht auf die Beziehungen der Gesellschaft zu dem Vertragsgegner. Allerdings kann es bei der materiellen Beurteilung des Widerspruchs, sowie bei der Abwägung der für und gegen die Berechtigung des Widerspruchs sprechenden Umstände entscheidend in Betracht gezogen werden, ob der Widerspruch wegen der nachteiligen Folgen einer Vertragsverletzung für die Gesellschaft nicht als unberechtigt anzusehen ist. Weitere Schranken des Widerspruchsrechts ergeben sich aus der Regelung der Berechtigung zum Widerspruch, Aktivlegitimation.[18])

[18]) S. § 12

§ 12. Die Berechtigung zur Erklärung und Empfangnahme des Widerspruchs (Aktiv- und Passivlegitimation)

Im Folgenden soll der Kürze halber die Berechtigung zur Erklärung des Widerspruchs mit Aktivlegitimation, die zur Empfangnahme der Erklärung mit Passivlegitimation bezeichnet werden. Diese Bezeichnungen stehen zwar mit der allgemeinen Terminologie in Widerspruch, sie sollen aber, da sie in diesem Zusammenhange wohl kaum zu Mißverständnissen Anlaß geben können, trotzdem hier gebraucht werden. Die Fassung des ADHGB. hat für die Frage der Aktivlegitimation zu Zweifeln Anlaß gegeben. Artikel 102 ADHGB. lautete: „Erhebt ein Gesellschafter gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch, so muß dieselbe unterbleiben." Es konnte bei diesem Wortlaut zweifelhaft sein, ob nur die geschäftsführenden Gesellschafter widerspruchsberechtigt waren, oder ob jeder auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter zur Geltendmachung des Widerspruchs berechtigt war. Die herrschende Meinung gab aber schon damals das Widerspruchsrecht nur dem geschäftsführenden Gesellschafter.[1]) Die Fassung des neuen HGB. hat jeden Zweifel in dieser Hinsicht gelöst. § 115 HGB. lautet: „.... widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter ...." Trotz des klaren Wortlauts des Gesetzes mußte sich das Reichsgericht auch unter Geltung des neuen HGB. mit der Frage befassen, ob die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter ein Widerspruchsrecht haben.[2]) Das Reichsgericht hat diese Frage selbstverständlich verneint. Daß der Widerspruch nur von Geschäftsführern erklärt werden kann, hat, wie Moser ausführt,[3]) seinen guten Grund. Nach dem ganzen Aufbau des Geschäftsführungsrechts und der Gestaltung des Widerspruchsrechts ist es nicht denkbar, daß einem nichtgeschäftsführenden Gesellschafter die Befugnis zur Erhebung des Widerspruchs verliehen werden kann, ohne daß ihm auch das Geschäftsführungsrecht selbst verliehen wird. Denn das Widerspruchsrecht stellt nur eine Ergänzung des positiven Geschäftsführungsrechts dar. Nur wer berechtigt ist, positiv in die Führung der Geschäfte einzugreifen, ist in der Lage, die Vor- und Nachteile einer Geschäftsführungshandlung abzuwägen. Der nichtgeschäftsführende Gesellschafter ist von der gesamten

[1]) Hergenhahn-Tuchatsch, a. a. O., S. 111
[2]) RG. in Schleswigh. Anz. 1922, S. 50
[3]) A. a. O., S. 43: „Wer eine Handlung nicht beurteilen kann, darf ihr auch nicht widersprechen."

Führung der Gesellschaftsgeschäfte im Innenverhältnis auszuschalten, er ist deshalb auch grundsätzlich von der negativen Einwirkung auf die Geschäftsführung auszuschließen. Diese Regelung des Gesetzes ist aber kein zwingendes Recht. Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, daß ein Gesellschafter zwar nicht befugt sein soll, selbst die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, daß ihm aber das Recht vorbehalten bleibt, den Handlungen der übrigen Geschäftsführer zu widersprechen. Durch eine solche Abmachung wird der Gesellschafter selbst in beschränktem Umfange Geschäftsführer.

Die Frage, ob der Gesellschafter einen Dritten oder auch einen Mitgesellschafter zur Erhebung des Widerspruchs bevollmächtigen kann, ist nach den oben[4]) dargelegten Grundsätzen zu entscheiden. Nach dem dort angeführten Urteil des Reichsgerichts vom 12. 2. 1929 ist die Übertragung der Befugnisse aus der Geschäftsführung an einen Dritten im Wege der Vollmacht nicht zulässig. Diese Stellungnahme des Reichsgerichts ist im vorliegenden Falle durchaus zu billigen. Es geht nicht an, einem Dritten so wichtige Befugnisse einzuräumen, mit denen er in das Gesellschaftsleben entscheidend eingreifen kann. Denn der Widerspruch ist auf jeden Fall, mag er auch in der Hauptsache nur formale Bedeutung haben, ein Rechtsbehelf, mit dessen Hilfe auf die Führung der Gesellschaftsgeschäfte maßgebend eingewirkt werden kann.[5])

Das Widerspruchsrecht steht den Geschäftsführern nur insoweit zu, als sie geschäftsführungsbefugt sind. Wenn die Geschäftsführung geteilt ist, wenn z. B. einem oder einer Gruppe von Gesellschaftern die technische oder die kaufmännische Geschäftsführung obliegt, so ist jeder nur auf seinem Gebiet widerspruchsberechtigt.[6])

Die Befugnis zum Widerspruch gelangt mit dem Geschäftsführungsrecht zur Entstehung. Sobald der Gesellschafter überhaupt zur Geschäftsführung befugt ist, ist er auch berechtigt, Widerspruch gegen Geschäftsführungshandlungen zu erheben. Die Befugnis muß aber im Augenblick der Erklärung des Widerspruchs vorhanden sein. Ist der Widersprechende in diesem Zeitpunkte noch nicht oder nicht mehr geschäftsführungsbefugt, so liegt ein wirksamer Widerspruch nicht vor. Wenn ein Geschäftsführer zu einem Zeitpunkte widerspricht, zu dem er noch nicht geschäftsführungsbefugt war, so wird die Unwirksamkeit des Widerspruchs nicht dadurch geheilt, daß er nachträglich die Geschäftsführereigenschaft erlangt. Die Vorschriften des § 184 ff. BGB. sind auch analog nicht

---

[4]) S. 43 ff.

[5]) Von der Vertretung im Willen ist wie immer so auch hier die Vertretung in der Erklärung zu trennen. Die Übermittlung der Widerspruchserklärung durch einen Dritten, etwa durch einen vom widersprechenden Gesellschafter mandierten Rechtsanwalt ist deshalb zulässig.

[6]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Anm. 3 zu § 115. Von dem behandelten Fall der sog. echten Teilung wird der unterschieden, daß die Teilung der Geschäftsführung nicht durch Gesellschaftsvertrag, sondern durch bloße Abrede der Gesellschafter vorgenommen wurde. Im letzteren Falle ist der Geschäftsführer in vollem Umfange widerspruchsberechtigt.

anwendbar. Der Widersprechende war im Augenblick der Erklärung des „Widerspruchs" gar nicht befugt, irgendwelche Erklärungen mit rechtsverbindlicher Wirkung im Rahmen der Geschäftsführung abzugeben. Die nachträgliche Wirksamkeit der Erklärung durch Genehmigung scheitert an der höchstpersönlichen Natur der Rechte des Geschäftsführers. Erst in dem Augenblicke, in dem der Gesellschafter Geschäftsführer wird, wird er im Innenverhältnis der Gesellschaft handlungsfähig. Die Parallele zum Recht der Minderjährigen, die nach Volljährigkeit eine zur Zeit ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit vorgenommene Handlung wirksam genehmigen können, ist nicht anwendbar. Bei diesen bestehen gewisse Handlungsrechte, wenigstens in fragmentarischer Form, schon im Augenblicke der Handlung. Bei dem nichtgeschäftsführungsberechtigten Gesellschafter bestehen aber vor Beginn der Geschäftsführungsbefugnis auch nicht die bescheidensten Anfänge einer Berechtigung. Einem Widerspruch, der vor Entstehung der Geschäftsführungsbefugnis erklärt ist, kommen deshalb keinerlei Rechtswirkungen zu. Er wird nur dann wirksam, und zwar ex nunc, wenn er nach Erwerb der Befugnis nochmals ausdrücklich wiederholt wird. Ein Widerspruch, der von einem ehemaligen Geschäftsführer nach Verlust der Geschäftsführungsbefugnis erklärt wird, ist ebenfalls rechtsunwirksam. Das kann dann unangenehme Folgen haben, wenn der Widersprechende zur Zeit der Widerspruchserhebung scheinbar aktivlegitimiert ist und wenn es sich erst nachträglich herausstellt, daß ihm die Geschäftsführungsbefugnis zu diesem Zeitpunkt überhaupt nicht zustand.

In diesem letzteren Falle erhebt sich auch die Frage, in welchem Zeitpunkt die Aktivlegitimation vorhanden sein muß, zur Zeit der Abgabe der Erklärung oder zur Zeit des Zugangs. Es wurde bereits dargelegt, daß der Widerspruch eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Die allgemeinen Vorschriften über die empfangsbedürftige Willenserklärung sind anzuwenden. Die hier interessierende Frage ist in § 130 BGB. behandelt. Allerdings spricht § 130 nur von Willenserklärungen unter Abwesenden; er ist aber auch auf Willenserklärungen unter Anwesenden analog anwendbar.[7]) Die Frage ist im übrigen wohl nur dann praktisch, wenn der Widerspruch gegenüber einem Abwesenden erklärt wird, etwa auf brieflichem Wege. Die Willenserklärung wird nach § 130 Abs. I erst dann wirksam, wenn sie dem empfangsberechtigten Dritten zugegangen ist. Für die Rechtswirkung ist grundsätzlich dieser Zeitpunkt maßgebend. § 130 enthält aber keine Bestimmung darüber, ob auch die Voraussetzung in der Person des Erklärenden, etwa die Aktivlegitimation in dem hier gebrauchten Sinn noch im Zeitpunkte des Zuganges vorhanden sein müssen, oder ob es genügt, wenn sie im Zeitpunkte der Erklärung vorhanden waren, mögen sie inzwischen auch untergegangen sein. § 130 Abs. II BGB. erklärt für zwei bestimmte Voraussetzungen in der Person des Erklärenden, daß es genüge, wenn sie im Zeitpunkte der Erklärung vorhanden sind: Auf die Wirksamkeit

[7]) Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. I Anm. 4 zu § 130

einer Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Als Grund für diese Regelung geben die Motive zum BGB.[8]) an, die Rücksicht auf den Empfänger mache die Regelung unerläßlich. Der Empfangsberechtigte könne sonst unverschuldet in eine mißliche, unter Umständen mit erheblichen Nachteilen verbundene Lage kommen. Es ist daraus ersichtlich, daß für die Bestimmung des § 130 II das Klarheitsinteresse maßgebend war. Die Interessenlage ist für die Aktivlegitimation beim Widerspruch die gleiche. Der Empfänger hat ein Interesse daran, mit den Verhältnissen in der Person des Widersprechenden rechnen zu dürfen, die zur Zeit der Erklärung des Widerspruchs vorlagen. Bei der Gleichheit der Interessenlage kann deshalb § 130 II analog angewendet werden. War der Widersprechende in diesem Zeitpunkte zur Erhebung des Widerspruchs berechtigt, so ist der Widerspruch, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, wirksam.

Die Berechtigung zum Widerspruch endet, wenn die Geschäftsführungsbefugnis aufhört, also bei Vorliegen eines der oben einzeln dargelegten Beendigungsgründe.[9]) Dies folgt aus der Natur des Widerspruchsrechts, als einer Teilfunktion des Geschäftsführungsrechts. Hier ist nur noch zu prüfen, inwieweit die Befugnis zum Widerspruch selbständig, für sich allein bei Weiterbestehen der Geschäftsführungsbefugnis, beschränkt oder aufgehoben werden kann. Denkbar ist zunächst ein allgemeiner Ausschluß des Widerspruchsrechts aller oder einzelner Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einem späteren Ergänzungsvertrag. Der Ausschluß des Widerspruchsrechts eines einzelnen Geschäftsführers ist zweifellos zulässig, wie bereits oben ausgeführt wurde. Haas[10]) will einen allgemeinen Ausschluß des Widerspruchsrechts bei der Einzelgeschäftsführung nicht zulassen. Er begründet das damit, daß aus dem richtigverstandenen Begriff der Einzelgeschäftsführung folge, daß unbedingt jedem Geschäftsführer ein Einfluß auf jedes Geschäft eingeräumt werden müsse. Die Geschäftsführung stelle einen einheitlichen Komplex von Handlungen dar und es gehe nicht an, daß man durch Ausschluß des Widerspruchsrechts die Möglichkeit eröffne, daß jeder einzelne Gesellschafter die Geschäfte nach verschiedenen Methoden und Gesichtspunkten führe. Die Zulässigkeit eines Ausschlusses des Widerspruchsrechts lasse sich auch nicht aus der Zulässigkeit des Ausschlusses der gesamten Geschäftsführung herleiten, da hier der Gesellschafter von der Leitung der Geschäfte überhaupt ausscheide, während durch den bloßen Ausschluß des Widerspruchsrechts die Geschäftsführung zersplittert werde.

Diese Ausführungen gelten zunächst nur für die von Haas behandelte bürgerlich rechtliche Gesellschaft. Das Problem ist aber wegen der gleichartigen Regelung im § 711 BGB. und § 115 HGB. für das Widerspruchsrecht bei der OHG. das gleiche. Die Ausführungen von Haas sind keineswegs überzeugend.

---

[8]) Teil I, S. 159
[9]) S. § 4
[10]) A. a. O., S. 13

Das Institut der Geschäftsführung unterliegt der freien Regelung der Gesellschafter, die gesetzlichen Vorschriften für das Innenverhältnis tragen überwiegend dispositiven Charakter. Insbesondere steht es den Gesellschaftern frei, eine der Geschäftsführungstypen zu wählen, die das Gesetz zur Verfügung gestellt hat, oder irgend eine andere Form zu konstruieren.[11]) Die von Haas angeführten Gründe rechtfertigen nicht eine Einschränkung des Dispositionsrechtes der Gesellschafter. Der Grundsatz, daß die Gesellschaftsgeschäfte nach einheitlichen Methoden zu führen sind, ist im Gegensatz weder direkt noch indirekt als zwingende Rechtsform aufgestellt. Wenn die Gesellschafter an einer einheitlichen Geschäftsführung Interesse haben, so steht es ihnen frei, bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine Form der Geschäftsführung zu wählen, bei der die Einheitlichkeit der Geschäftsführung gesichert ist. Wenn sie aber auf eine solche Einheitlichkeit keinen Wert legen, so sind ihnen vom Gesetz in dieser Hinsicht keine Fesseln angelegt. Die Ausschließung der Widerspruchsbefugnis aller oder einzelner Geschäftsführer im Wege der vertraglichen Vereinbarung ist deshalb zulässig. Eine vertragliche Einschränkung des Widerspruchsrechts ist auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags dergestalt möglich, daß sich ein Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, einem Mitgesellschafter oder einem Dritten verpflichtet, von seinem Widerspruchsrecht in einem bestimmten Fall oder in einer Reihe von Fällen, oder in allen Fällen keinen Gebrauch zu machen. Eine solche Vereinbarung berührt die Aktivlegitimation, die Berechtigung zum Widerspruch überhaupt nicht. Sie hat rein obligatorische Wirkung zwischen dem Geschäftsführer und seinem Vertragspartner. Erhebt der Geschäftsführer entgegen seinen obligatorischen Verpflichtung einen Widerspruch, so ist das Geschäft rechtswirksam. Allerdings kann sich der Widersprechende unter Umständen seinem Vertragspartner gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Die Rechtswirksamkeit eines solchen auf den Ausschluß des Widerspruchsrechts gerichteten Vertrags kann jedoch häufig in Frage gestellt sein. Sie wird nämlich unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sein. Die Nichtigkeit nach § 138 BGB. bemißt sich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles. Ein wichtiges Indiz für die Sittenwidrigkeit kann der Umstand bilden, daß ein solches Abkommen keine der bei der offenen Handelsgesellschaft beachtenswerten Interessengruppen fördert und offensichtlich gegen die Gesellschafts- oder gesellschaftlichen Nachinteressen verstößt.

Ein wichtiger Fall des Ausschlusses eines Geschäftsführers vom Widerspruchsrecht ist der, daß der Widersprechende an dem in Frage stehenden Geschäft als Gegenkontrahent oder in einer sonstigen, gegen die Interessen der Gesellschaft gerichteten Weise beteiligt ist.[12]) Es wird allerdings seine Schwierigkeiten haben in jedem einzelnen Fall festzustellen, ob der Widersprechende beteiligt ist. Auf jeden Fall kann der Ausschluß nur dann in Betracht kommen,

[11]) Staub, Anm. 8 zu § 115
[12]) RGZ. 81, 94

wenn eine unmittelbare Beteiligung vorliegt. Eine bloß mittelbare Beteiligung genügt nicht. Wenn man die Befugnis zum Widerspruch auch bei bloßer mittelbarer Beteiligung ausschließen würde, so würde dies bedeuten, daß der Widerspruch immer dann ausgeschlossen wäre, wenn er zur Wahrnehmung von individuellen Sonderinteressen erhoben würde. Der allgemeine Ausschluß dieser Interessengruppe ist aber vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt.[13])

Der Ausschluß des Widerspruchsrechts wegen Beteiligung kann ebenso, wie der Ausschluß wegen Schikane nur materiellrechtlich wirken. Formal besteht zunächst der Widerspruch auch bei Beteiligung des Widersprechenden zu Recht. Die Beweislast dafür, daß dem Gesellschafter im gegebenen Fall wegen Beteiligung das Widerspruchsrecht nicht zusteht, trifft den, der den Ausschluß des Widerspruchsrechts behauptet.

Die Aktivlegitimation wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Widersprechende die widersprochene Handlung selbst vorgeschlagen oder daß er diese Handlung bereits zum Teil selbst vorgenommen oder gebilligt hat. Der Widerspruch ist auch in diesen Fällen zum mindesten formal wirksam. Es kann allerdings die materielle Wirksamkeit in Frage gestellt sein.

Ähnliche Grundsätze sind bei der Passivlegitimation, das heißt der Frage, wer zur wirksamen Entgegennahme der Widerspruchserklärung befugt ist, anzuwenden. Empfangsberechtigt sind nur geschäftsführende Gesellschafter. Ein Widerspruch, der nicht an einen geschäftsführenden Gesellschafter gerichtet ist, entbehrt jeder Rechtswirkung. Solange der Widerspruch nicht einem Empfangsberechtigten, das heißt einem Geschäftsführer, zugegangen ist, ist er rechtlich unbeachtlich, da der Widerspruch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Der Fall, daß der Widerspruch an einen nicht passiv Legitimierten gerichtet ist,

---

[13]) Eine interessante Parallele zu dem hier interessierenden Problem bietet der Vergleich mit Artikel 20 der bayerischen Gemeindeordnung von 1927, und der sich daran anschließenden Rechtsprechung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs. Artikel 20 schließt ein Mitglied des Gemeinderats von der Teilnahme an Beratung und Abstimmung des Kollegiums dann aus, wenn der Beschluß ihm bzw. einem Ehegatten, Verwandten usw. einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Diese Voraussetzung ist nach der Entscheidung des Bayer. VGH. in Band 20, S. 114 der amtlichen Entscheidungssammlung dann gegeben, wenn ein Interesse vorliegt, das den Interessen der Gemeinde und der Allgemeinheit entgegengesetzt ist. Zu diesen Sonderinteressen zählt aber interessanterweise der VGH. in Band 48, S. 68 solche Angelegenheiten n i c h t, bei denen j e d e r Gemeindeangehörige interessiert ist. Die Interessenlage ist zwar in diesem Falle eine andere als in unserem. Zwei der vom bayerischen Verwaltungsgerichtshof entwickelten Grundsätze sind aber auch hier bemerkenswert: Die Zugrundelegung der Interessenlage und die besonders in der Entschg. Band 48, S. 68 zum Ausdruck kommende Einschränkung des Ausschlusses. Der letztere Grundsatz darf allerdings im Gesellschaftsrecht nur mit Vorsicht angewandt werden. Die Ausübung des Widerspruchsrechts ist nicht die Regel, sondern ein Ausnahmefall. Die Beschränkungen des Widerspruchs, insbesondere auch die Bestimmung über Mangel der Aktivlegitimation sind extensiv zu interpretieren.

liegt z. B. dann vor, wenn er einer Person erklärt wird, die scheinbar Geschäftsführer ist, in Wirklichkeit aber die Geschäftsführereigenschaft niemals erworben hat, etwa weil der Beschluß, durch den sie zum Geschäftsführer bestellt wurde, nichtig ist. Die Geschäftsführungsbefugnis des Adressaten muß in dem Augenblick vorhanden sein, in dem ihm der Widerspruch zugeht. Das folgt aus der unmittelbaren Anwendung des § 130 BGB. „Die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bestimmt sich nach dem Zeitpunkte des Zugangs an den Empfangsberechtigten." Es genügt, wenn der Adressat in diesem Zeitpunkte geschäftsführungsbefugt ist, mag er auch zur Zeit der Erklärung des Widerspruchs nicht passiv legitimiert gewesen sein. Auch der umgekehrte Fall kann vorkommen: Der Adressat ist in dem Zeitpunkte, in dem die Erklärung abgegeben wird, noch Geschäftsführer. Er verliert aber die Befugnis, bevor ihm der Widerspruch zugeht. Die analoge Anwendung des § 130 I BGB. auf diesen Fall ergibt, daß der Widerspruch nicht wirksam ist. Nach § 130 I BGB. ist der Zeitpunkt des Zugangs der empfangsbedürftigen Willenserklärung maßgebend. § 130 II macht eine Ausnahme für zwei in der Person des Erklärenden begründete Voraussetzung. Diese Ausnahmebestimmungen wurden im Wege der extensiven Auslegung oben auf eine weitere in der Person des Erklärenden liegende Voraussetzung angewendet. Auf Gründe, die in der Person des Empfangsberechtigten vorliegen, ist die Vorschrift auch bei weitester Ausdehnung nicht anwendbar. Für solche Tatbestände gilt vielmehr § 130 I BGB.[14]) Für den Widersprechenden kann es allerdings ohne sein Verschulden erhebliche Rechtsnachteile im Gefolge haben, wenn ein Widerspruch unwirksam ist, den er gegenüber einem zur Zeit der Erklärung noch geschäftsführenden Gesellschafter erklärt, nur weil dieser vor dem Zugang seiner Erklärung seine Geschäftsführungsbefugnis verliert. Das Gesetz hat aber offensichtlich einen Schutz des Erklärenden in dieser Hinsicht nicht vorgesehen. Es handelt sich um keine echte Gesetzeslücke, sondern um eine absichtlich negative Stellungnahme des Gesetzgebers. Eine ergänzende Auslegung contra legem ist aber nicht zulässig.

Der Adressat für den Widerspruch ist in erster Linie der Gesellschafter, der die widersprochene Handlung entweder vorgeschlagen oder eingeleitet hat. Zur Wirksamkeit ist es aber nicht erforderlich, daß der Widerspruch gerade gegenüber dem handelnden Gesellschafter erklärt wird. Schlegel[15]) will dies aus dem Charakter des Widerspruchs als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung folgern. „Der Widerspruch muß dem Handelnden gegenüber erklärt werden. Denn er ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung." Aus der Eigenschaft des Widerspruchs, als empfangsbedürftige Willenserklärung läßt sich zwar der Schluß herleiten, daß der Widerspruch irgend einem Empfangsberechtigten zugehen muß, es folgt aber nicht daraus, daß gerade der handelnde

[14]) Staudinger, Anm. 9 zu § 130 BGB.
[15]) A. a. O., S. 27

Geschäftsführer Empfänger des Widerspruchs sein muß. Der Widerspruch wird rechtlich existent, wenn er irgend einem Geschäftsführer zugegangen ist. Für die materielle Wirksamkeit gegenüber einem anderen, als dem Empfänger des Widerspruchs ist es von Bedeutung, ob dieser schuldhaft gegen den Widerspruch gehandelt hat.

---

§ 13. Geltendmachung und Bekämpfung des Widerspruchs

Der Widerspruch unterliegt den gesetzlichen Vorschriften über Willenserklärungen. Allerdings sind diese Vorschriften gemäß dem gesellschaftsrechtlichen Charakter des Widerspruchs zum Teil nur modifizert anwendbar. Die Willenserklärung mittels deren ein Geschäftsführer von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht, muß zum Inhalt haben, daß der Widersprechende nicht wolle, daß eine bestimmte Geschäftsführungshandlung vorgenommen werde. Der Widersprechende muß dabei in bestimmter Weise seinen darauf gerichteten Willen zum Ausdruck bringen. Es genügt nicht, wenn er lediglich einen Wunsch oder eine Bitte äußert. Die Entscheidung darüber, ob eine Erklärung als Willenserklärung in diesem Sinne anzusehen ist, ist nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu treffen. Es kann etwa auch genügen, wenn der Wille in höflicher Form, in Form einer Bitte zum Ausdruck gebracht wird. Häufig wird auch der kaufmännische Briefstil eine ungenaue Ausdrucksweise mit sich bringen. Zweifellos stellt eine Erklärung eine Willenserklärung in diesem Sinne dar, wenn sie etwa folgenden Wortlaut hat: „Ich bitte höflichst, die in Frage stehende Geschäftsführungshandlung zu unterlassen", oder: „Ich wünsche, daß die Handlung unterbleibt." Dagegen würde folgende Ausdrucksweise nicht ausreichen: „Ich würde es begrüßen, wenn die Handlung nicht vorgenommen würde." Die Widerspruchserklärung muß sich weiter, wie bereits oben dargelegt wurde, gegen eine bestimmte Handlung richten. Die Handlung, der widersprochen wird, muß in der Erklärung genau bezeichnet sein.

Der Widerspruch wird mittels einer Willenserklärung geltend gemacht. Er ist nicht eine abhängige Willenserklärung, Teil eines Gesamtakts, wie das positive Abstimmungsrecht bei der Gesamtgeschäftsführung. Grundsätzlich finden daher die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Willenserklärung auf den Widerspruch Anwendung, besonders auch die Vorschriften über Anfechtung wegen Willensmängeln. Im einzelnen ist aber doch immer die gesellschaftsrechtliche Natur des Rechtsinstituts zu beachten. Es ist notwendig, auf die Auswirkungen des Widerspruchs auf die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter, unter Umständen auch auf Dritte, die mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr stehen, Rücksicht zu nehmen. Das gilt insbesondere auch für die Beurteilung der Erheblichkeit von Willensmängeln. In erster Linie sind auch hier solche Willensmängel relevant, die sich auf die primären Gesellschaftsinteressen beziehen. Erst in zweiter Linie kommen die gesellschaftlichen Nachinteressen und in letzter Linie die freien Sonderinteressen in Betracht.

Wenn ein Geschäftsführer in einem bestimmten Fall von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht, so ist er an seine Erklärung nicht gebunden. Er kann den Widerspruch jederzeit widerrufen. Allerdings kann dieser Widerruf nicht rückwirkend erfolgen. Bis zum Zeitpunkt des Widerrufs bleibt der geltend gemachte Widerspruch wirksam. Die Befugnis zum Widerruf steht naturgemäß nur dem Widersprechenden selbst zu. Auch der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Empfangsberechtigt sind, wie beim Widerspruch selbst, sämtliche geschäftsführenden Gesellschafter und nicht allein der demgegenüber der Widerspruch erklärt wird. Der Widerspruch kann nur im Wege einer Willenserklärung geltend gemacht werden. Die an den Widerspruch geknüpften formalen und materiellen Rechtswirkungen treten dann und nur dann ein, wenn der Widerspruch erklärt ist. Eine Ausübung des primären Widerspruchsrechts auf andere Weise, etwa mittels einer Klage, ist nicht möglich. Dagegen können die Rechtswirkungen eines bereits erhobenen Widerspruchs, also die sekundären Wirkungen des Widerspruchs, auch im Wege der Klage geltend gemacht werden. Eine solche Klage setzt aber immer voraus, daß der Widerspruch formal und materiell wirksam erklärt ist. Auf Grund des Widerspruchs kann auch auf Unterlassung der mißbilligten Handlung geklagt werden.[1]) Der Anspruch auf Unterlassung steht in erster Linie der Gesellschaft, dann aber auch jedem einzelnen Geschäftsführer zu. Denn die geschäftsführenden Gesellschafter haben auf Grund ihrer Befugnis das Recht, von ihren Mitgeschäftsführern eine vertragsgemäße Führung der Gesellschaftsgeschäfte zu verlangen. Sie haben deshalb auch das Recht, die Vornahme von vertragswidrigen Handlungen zu verbieten. Dagegen steht den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern keinerlei Recht zu, auf irgend eine Weise in die Führung der Gesellschaftsgeschäfte einzugreifen. Sie haben deshalb auch keinen selbständigen Anspruch auf Unterlassung der mißbilligten Handlung. Wohl steht aber der Unterlassungsanspruch, wie dargelegt, der Gesellschaft als solcher zu. Da die Gesellschaft nur durch ihre Vertreter handeln kann, kann deshalb die Klage auf Unterlassung auch durch die Vertreter im Rahmen ihrer Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft geltend gemacht werden. Diese Ausführungen gelten nur für die Unterlassungsklage, die einen unmittelbaren Ausschluß des Geschäftsführungsrechts verfolgt. Die Aktivlegitimation für die Geltendmachung der sekundären Rechtsfolge eines Widerspruchs, insbesondere des Schadensersatzanspruchs, steht den Geschäftsführern als solchen nicht zu. Aktivlegitimiert ist hier nur die Gesellschaft, die durch ihren Vertreter handelt. Der Anspruch auf Unterlassung einer mißbilligten Handlung richtet sich entweder gegen die übrigen Geschäftsführer oder gegen einen Vertreter der Gesellschaft, der trotz des Widerspruchs die mißbilligte Handlung vornehmen will. Da aber der Widerspruch nur im Innenverhältnis der Gesellschaft Wirkung hat, kann sich die Unterlassungsklage niemals gegen einen Außenstehenden richten.

---

[1]) Staub, Anm. 9 a. E. zu § 115

Ein materiell unwirksamer, aber formal in Ordnung gehender Widerspruch kann in erster Linie durch passives Verhalten bekämpft werden. Die Geschäftsführer können es darauf ankommen lassen, was der Widersprechende unternimmt, um seinem Widerspruch Geltung zu verschaffen. Erhebt er Klage auf Unterlassung der widersprochenen Handlung, so muß die Klage abgewiesen werden, wenn die materielle Unwirksamkeit des Widerspruchs nachgewiesen wird. Wird nach Vornahme der Handlung Klage auf Schadensersatz erhoben, so muß auch diese Klage abgewiesen werden, wenn dargetan wird, daß der Widerspruch zu Unrecht erhoben wurde, weil er z. B. schikanös in weiterem Sinne war. In all diesen Fällen wird aber der Geschäftsführer, gegen dessen Handlung zu Unrecht Widerspruch erhoben ist, in die Beklagtenrolle gedrängt. Es taucht die Frage auf, ob nicht auch eine aktive Bekämpfung des zu Unrecht erklärten Widerspruchs möglich ist. Theorie und Praxis lehnen auf Grund ihren oben gekennzeichneten Einstellung jeden Eingriff des Richters in das Widerspruchsrecht ab.[2]) Staub[3]) führt dazu aus: „Der Richter kann nicht einen Geschäftsführungsakt anordnen, dem ein widerspruchsberechtigter Gesellschafter widerspricht. Denn der Widerspruch ist dessen Recht, das durch Zweckmäßigkeitsfragen nicht beseitigt wird. Eine Klage auf Zustimmung gibt es nur dann, wenn der Widersprechende sich vorher zur Genehmigung verpflichtet hatte, ferner wenn der Widerspruch lediglich auf Schikane beruht (§ 226 BGB.), ferner in dem Fall, daß der Widerspruch vertraglich nur aus sachlichen Gründen zulässig ist." Ähnlich äußert sich Hergenhahn-Tuchatsch.[4]) Auch nach dieser letzteren von der Ansicht des Reichsgerichts etwas abweichenden Meinung steht dem Geschäftsführer gegen einen unberechtigten Widerspruch nur in wenigen Fällen die Möglichkeit offen, aktiv vorzugehen. Gerade in dem wichtigsten Fall, der schikanösen Widerspruchserhebung in weiterem Sinne, ist der Klageweg verschlossen. Gerade in diesem Falle ist es aber angebracht, eine gerichtliche Entscheidung über die Berechtigung des Widerspruchs herbeizuführen, um zu einer Klärung der Sachlage zu gelangen. Die Gegner eines allgemeinen Klagerechts zur Bekämpfung eines rechtswidrigen Widerspruchs begründen charakteristischerweise ihre Ansicht damit, daß der Widerspruch ein unbedingtes Recht jedes Gesellschafters sei, das an Zweckmäßigkeitserwägungen nicht gebunden sei. Demgegenüber ist aber, wie schon wiederholt ausgeführt, darauf hinzuweisen, daß die Widerspruchsbefugnis dem Geschäftsführer nicht als Recht, um seiner selbst Willen verliehen ist, sondern, daß die Widerspruchsbefugnis lediglich ein Regulativ darstellt, daß die Gefahren, die aus dem unbeschränkten Einzelgeschäftsführungsrecht fließen, nach Möglichkeit ausschalten soll. Es muß deshalb den Geschäftsführern die Möglichkeit gegeben werden, einen for-

[2]) RGZ. 12, 33
[3]) Anm. 9 zu § 115
[4]) A. a. O., S. 107

malgültigen Widerspruch, der der materiellen Wirksamkeit entbehrt, im Wege der Klage zu bekämpfen.[5])

Die Klage kann aber nur von der Gesellschaft selbst geführt werden. Denn es handelt sich hier nicht um eine Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis, wie es in dem oben behandelten Fall der Klage auf Unterlassung einer mißbilligten Handlung, sondern es handelt sich um die Geltendmachung eines der Gesellschaft als solcher aus dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Anspruch auf Förderung des Gesellschaftszwecks. Nur die Gesellschaft, vertreten durch ihre Vertreter, kann diesen Anspruch geltend machen. Die Beschlußfassung über die Geltendmachung obliegt den Geschäftsführern, wobei die Beteiligten, also insbesondere der Widersprechende, von der Beschlußfassung ausgeschlossen sind. Jeder andere Geschäftsführer kann im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis die Vertreter zur Klageerhebung anweisen.

---

[5]) Wie hier Knoke S. 57; Oelske S. 11; Dernburg II § 358. Das RG. hat zwar in RGZ. 12, 32 in konsequenter Durchführung seiner Anschauung die Zulässigkeit einer Klage auf Rücknahme des Widerspruchs wegen bloßer sachlicher Unbegründetheit verneint. Es hat damit aber nicht grundsätzlich die Zulässigkeit des Klagewegs für die Durchsetzung des Widerspruchsrechts ausgeschlossen.

§ 14. Die Wirkungen des Widerspruchs im allgemeinen

Oben[1]) wurde ausgeführt, daß sich der Widerspruch nur gegen Geschäftsführungshandlungen richten kann. Gegenüber der Vertreterhandlungen kommt einem Widerspruch keinerlei Rechtswirksamkeit zu. Ein Rechtsgeschäft, das durch einen legitimierten Vertreter der Gesellschaft vorgenommen wurde, ist dem Dritten gegenüber mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft wirksam, gleichviel ob vorher, gleichzeitig oder nachher ein Widerspruch nach § 115 HGB. erhoben wurde.

Das Gesetz läßt sich über die Wirkungen des Widerspruchs nicht näher aus. Es erklärt kategorisch, daß die Handlung, gegen die Widerspruch erhoben wurde, unterbleiben muß,[2]) sagt aber nicht was rechtens ist, wenn die Handlung trotz des Widerspruchs vorgenommen wird, geschweige denn, was für Rechtsfolgen eintreten, wenn ein Widerspruch zu Unrecht erklärt wird. Dieses Schweigen des Gesetzgebers ist bedauerlich. Wurde doch der Widerspruch durch das Fehlen jeder näheren Bestimmung über seine Rechtswirkungen zu einem Rechtsinstitut von problematischem Wert. Eine Reihe von Streitfragen, die wiederholt das Reichsgericht beschäftigten, knüpften sich an diese Gesetzeslücke. Die eigenartige Fassung des Gesetzes,[3]) die sonst nicht vorkommt, hat zu einer streng am Wortlaut haftenden Interpretation des Widerspruchs geführt, der sich die herrschende Meinung angeschlossen hat. Sie sei an einigen typischen Vertretern dieser Ansicht aufgezeigt. Staub[4]) führt aus: „Die Wirkung des Widerspruchs ist, daß die betreffende Handlung unterbleiben muß, selbst wenn sie noch so wichtig und dringend wäre. Dies gilt auch, wenn Gefahr in Verzug vorgelegen hat.... allein sie (die gegen den Widerspruch vorgenommene Handlung) geht auf Gefahr des Geschäftsführers und ist eine unberechtigte Handlung, für die der Handelnde im Verhältnis zum Widersprechenden nicht nur mit der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, haftet, vielmehr liegt eine vorsätzlich begangene Pflichtverletzung vor, für deren Folgen er ohne weiteres haftet." Diese Ausführungen zeigen die typischen Mängel der herrschenden Lehre. Bei der Behandlung der Rechtsfolgen erscheinen rein formelle Gesichtspunkte mitten in einer materiell rechtlichen Betrachtungsweise. „Die Handlung geht auf die Gefahr des Geschäftsführers" ist eine prozessuale Betrachtungsweise, betrifft die Regelung der Beweislast, während die Redewendung „haftet für deren Folgen" eine materiellrechtliche Feststellung darstellt.

---

[1]) S. 47, 50 ff.
[2]) § 115 I, 2 HGB.
[3]) „Muß unterbleiben"
[4]) Anm. 5 zu § 115

Staub übergeht infolge seiner wortstrengen Auslegung ein weiteres Problem, das bei einer freieren Behandlung der gesetzlichen Bestimmungen auftaucht: Die Frage, für und gegen wen der Widerspruch wirkt. Aus dem Wortlaut der Staubschen Ausführungen könnte man entnehmen, daß nach seiner Ansicht der Widerspruch nur für den Widersprechenden, nicht auch für die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter Wirkung hat. In Wahrheit hat sich aber Staub offenbar ungenau ausgedrückt. Die Ausführungen haben sicherlich nicht diese Bedeutung. Mit der Ansicht, daß der Widerspruch nur für den Widersprechenden wirkt, würde er auch völlig isoliert dastehen. Die Wirkungen des Widerspruchs werden mit Recht allgemein sowohl auf die Gesellschaft, wie auch auf die übrigen Gesellschafter erstreckt. Staub übergeht auch das weiter oben behandelte Problem,[5]) gegen wen ein Widerspruch Wirkung hat. Eine Folge seiner Betrachtungsweise ist es auch, daß zwischen den Wirkungen eines berechtigten Widerspruchs gegen den, der trotz des Widerspruchs die Handlung vorgenommen hat und den Wirkungen eines unberechtigten Widerspruchs gegen den Widersprechenden nicht klar unterschieden wird.

Auch die Einzelabhandlungen schließen sich in dieser Hinsicht fast völlig an Staub an, es unterlaufen ihnen daher die gleichen Fehler. So schreibt Haas:[6]) „Nimmt ein geschäftsführender Gesellschafter trotz des Widerspruchs das Geschäft vor, so ist sein Verhalten rechtswidrig und er hat für die Folgen einzustehen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Widerspruch sachlich nicht begründet oder schikanös erhoben ist." Auch hier wird kein Unterschied zwischen den formalen und materiellrechtlichen Wirkungen des Widerspruchs gemacht. Bei der Betrachtung der Wirkung des schikanösen Widerspruchs stellt Haas auf die formale, prozessuale Wirkung ab, während sich der erste Satz auf die materiellen Rechtsfolgen bezieht. Hergenhahn-Tuchatsch[7]) steht ebenfalls auf dem Standpunkt einer wortlautstrengen Interpretation: „Die Wirkung des von einem Gesellschafter erhobenen Widerspruchs besteht darin, daß die betreffende Handlung unterbleiben muß. Diese Folge tritt auch ein, wenn das Geschäft, dessen Vornahme beabsichtigt ist, auch im Interesse der Gesellschaft dringend notwendig sein sollte.... Ein Widerspruch gegen die Vornahme einer Handlung kann auch nicht mittels Klage und eines gerichtlichen Ausspruchs, daß derselbe unbegründet ist, beseitigt werden." Auch hier ist das Rechtsinstitut des Widerspruchs in seinen Auswirkungen nicht richtig erkannt. Insbesondere geht auch hier die formale und die materiellrechtliche Betrachtungsweise ineinander über. Mahnkopf[8]) schreibt: „Die Wirkung des Widerspruchs ist, daß die Handlung, gegen die er erhoben wird, unterbleiben muß.... Der Gesellschaft gegenüber haftet jeder Gesellschafter, der eine nach außen giltige Handlung, der aber widersprochen wurde, vorgenommen hat, für jeden Erfolg.

---

[5]) Siehe § 12
[6]) A. a. O., S. 12
[7]) A. a. O., S. 106
[8]) A. a. O., S. 24

Schlägt sie zum besten der Gesellschaft aus, so steht er gerechtfertigt da. Nicht nur, daß jede Verpflichtung zum Schadensersatz entfällt, sondern die Gesellschaft kann auch gegen ihn weitere Schritte wegen dieser Pflichtverletzung nicht unternehmen." Diese Ansicht stellt eine freiere Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen dar, sie steht insbesondere zu der von Staub vertretenen Ansicht in Gegensatz, wonach auch bei schikanöser Geltendmachung des Widerspruchs alle dem Widerspruch zuwider vorgenommenen Handlungen rechtswidrig sind. Mahnkopf billigt dem Widerspruch dann keine Wirkung zu, wenn die in Frage stehende Handlung zum Vorteil der Gesellschaft ausschlägt. Es deutet sich auch hier schon vorsichtig eine Trennung der formalen und der materiellrechtlichen Wirkungen des Widerspruchs an. Sie wird aber noch nicht konsequent durchgeführt werden. Schlegel[9]) geht über die Wirkung des Widerspruchs sehr rasch hinweg: „.... beim Widerspruch .... ist eine trotzdem vorgenommene Handlung rechtswidrig, das Geschäft jedenfalls der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Ob allerdings auch Dritten gegenüber ist eine Frage der Vertretungsmacht. Die Meinungen hierüber gehen auseinander .... Letztere (mit Vertretungsbefugnis) gilt nur im Zweifel und bemißt sich nach der Geschäftsführungsbefugnis. Es kann daher nur von Stellvertretung ohne Vertretungsmacht gesprochen werden." Auf die Hauptfrage, welche Wirkung der Widerspruch hat, geht Schlegel nicht ein. Er behandelt dagegen sehr ausführlich die Wirkungen eines Widerspruchs im Verhältnis zu Dritten und berührt damit das wichtigste Problem der Wirkung des Widerspruchs im Außenverhältnis, auf die Vertretungsbefugnis. Die Ausführungen Schlegels, die sich auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes beziehen, sind allerdings nicht ohne weiteres auch auf die offene Handelsgesellschaft anwendbar. Denn für das Bereich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts schafft § 714 BGB. einen Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung. Die Vertretung steht dem Gesellschafter insoweit zu, als ihm die Geschäftsführungsbefugnis zusteht. Bei der BGB.-Gesellschaft handelt unter Umständen der Gesellschafter, der seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, auch außerhalb seiner Vertretungsmacht. Das HGB. kennt keinen derartigen Zusammenhang zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung. Die Vertretungsbefugnis steht im Zweifel jedem Gesellschafter zu.[10]) Auch der nichtgeschäftsführende Gesellschafter ist darnach im Zweifel vertretungsbefugt. Der Gesellschafter ist daher auch dann nach außen hin vertretungsbefugt, wenn er außerhalb seiner Geschäftsführungsberechtigung handelt, denn Vertretung und Geschäftsführung sind bei der offenen Handelsgesellschaft völlig unabhängig voneinander. Wird z. B. einer Geschäftsführungshandlung widersprochen und der Gesellschafter, der gleichzeitig Geschäftsführer und Vertreter ist, nimmt die Handlung trotzdem vor, so ist diese Handlung bei der offenen Handelsgesellschaft nach außen für und gegen die Gesellschaft gültig, bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unwirksam.

[9]) A. a. O., S. 25
[10]) § 125 I HGB.

Das RG. hat sich in der grundlegenden Entscheidung in Band 109 S. 56 mit der Frage der Rechtswirkungen des Widerspruchs befaßt. Es stellt sich grundsätzlich auf den Standpunkt einer engen Auslegung des § 115: „Dem Vorderrichter ist darin beizutreten, daß der Beklagte sich durch sein eigenmächtiges Vorgehen der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat." Mit dieser Feststellung steht eine weitere in Zusammenhang: „Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Frage der Zweckmäßigkeit des Vorgehens des Beklagten (der gegen einen Widerspruch gehandelt hat) nicht nachzuprüfen sei." Nach dieser Ansicht des Reichsgerichts ist die Wirkung des Widerspruchs völlig unbeschränkt. In jedem Fall hat der Widerspruch einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch im Gefolge, mag auch das Vorgehen des Gesellschafters, der gegen den Widerspruch gehandelt hat, noch so zweckmäßig und zweckfördernd gewesen sein. Trotz dieser engen Auslegung des § 115 scheint das Reichsgericht aber doch allmählich zu einer freieren Auslegung des Gesetzes überzugehen, was allerdings in der Literatur bisher noch wenig beachtet wurde. Das zeigt sich in zweifacher Hinsicht. Zu Eingang der Entscheidung führt das Reichsgericht aus: „Ferner legt es (das Berufungsgericht) in Ausführungen, die dem tatsächlichen Gebiet angehören, dar, daß nichts die Annahme gestatte, der Kläger habe sich bei seinem Widerspruch nicht von sachlichen, das Interesse der Gesellschaft und ihrer Teilhaber beachtenden Erwägungen leiten lassen. Damit ist dem Vorwurf, daß der Kläger schikanös gehandelt oder auch nur unter Verletzung der Gesellschaftstreue willkürlich von dem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht habe, der Boden entzogen." Damit ist zum mindesten angedeutet, daß Voraussetzung der vollen materiell rechtlichen Wirksamkeit des Widerspruchs ist, daß der Widerspruch nicht schikanös und nicht unter Verletzung der Gesellschaftstreue erhoben wurde. Auch das Reichsgericht scheint sich also zu der Ansicht durchzuringen, daß der Widerspruch nicht nur wegen Schikane in dem engeren Sinne des § 226 unwirksam ist, sondern daß auch der gesellschaftswidrige Widerspruch, der Widerspruch, der weder die Gesellschaftsinteressen noch die gesellschaftlichen Nachinteressen noch beachtliche Individualinteressen eines Gesellschafters zu fördern bestimmt ist, der materiell rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. Weiter kommt diese Meinungsänderung des Reichsgerichts in folgender Stelle zum Ausdruck: „Auf diese Verpflichtung (zum Schadensersatz) sind, wie der Revision einzuräumen ist, grundsätzlich die Regeln der Vorteilsausgleichung anzuwenden." Im folgenden wird dann noch ausgeführt, daß der Beklagte mit dem Einwand der Vorteilsausgleichung nicht gehört werden könne, weil noch nicht feststellbar sei, ob und in welcher Höhe für die Gesellschaft ein Vorteil aus dem Handeln gegen den Widerspruch erwachsen sei. Das Reichsgericht beachtet auf dem Wege der Anwendung der Regeln über Vorteilsausgleichweg die Interessenlage. Es versagt dem Widerspruch die materiellrechtliche Wirkung, wenn der Gesellschaft aus der Handlung kein Schaden, sondern Vorteile erwachsen sind. Wenn man diese vom Reichsgericht angedeuteten Gedanken fortentwickelt, so muß man folgerichtig

zu einer Trennung der formalen und der materiell rechtlichen Wirkung des Widerspruchs gelangen. Die formale Wirksamkeit setzt lediglich voraus, daß der Widerspruch von einem Aktivlegitimierten gegenüber einem Passivlegitimierten erklärt wird. Wenn auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen, die im einzelnen bereits erörtert wurden, z. B. genaue Bezeichnung der Handlung, so gilt die Handlung, der widersprochen wurde, zunächst als rechtswidrig. Der Gesellschafter, der gegen den Widerspruch gehandelt hat, ist ersatzpflichtig, wenn nachgewiesen wird, daß auf Grund seiner Handlung der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Will er seine Schadensersatzpflicht bestreiten, so ist er beweispflichtig. Er hat den Nachweis zu erbringen, daß der formalgültige Widerspruch materiell rechtsunwirksam ist, etwa weil er schikanös im weiteren Sinne ist. Die Einwände können sich zunächst auf die Zulässigkeit des Widerspruchs beziehen. Der Gesellschafter kann aufstellen, daß der Widerspruch unter Verletzung der Gesellschaftstreue willkürlich erhoben und daher nach § 242 BGB. unwirksam sei. Das Reichsgericht hat das in der oben behandelten Entscheidung angedeutet. Die Gesellschafter haben sich im Gesellschaftsvertrag einander verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern. Sie sind nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Befugnisse nicht zu Zwecken zu gebrauchen, die den Gesellschaftsinteressen entgegenstehen. Zwar steht es ihnen frei, sich bei der Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse auch von den gesellschaftlichen Nachinteressen und eventuell von reinen Individualinteressen leiten zu lassen. Die Individualinteressen müssen aber im Falle der Kollision mit den Gesellschaftsinteressen zurücktreten. Der Widerspruch ist deshalb materiellrechtlich unwirksam, wenn diese dem Gesetz zugrundeliegende Interessenabwägung von dem Gesellschafter nicht beachtet wird. Der Widerspruch verstößt dann gegen die im Gesellschaftsvertrag übernommene Zweckförderungspflicht.

Ein weiterer Einwand gegen die materiellrechtliche Wirksamkeit des Widerspruchs ist der der Beteiligung. Der Widerspruch ist dann materiell wirkungslos, wenn es sich um einen Anspruch handelt, der sich gegen den Widersprechenden richtet, oder wenn der Widersprechende sonst an dem Geschäft unmittelbar beteiligt ist.[11]) Der Ausschluß der Aktivlegitimation tritt nur dann ein, wenn der Widersprechende unmittelbar beteiligt ist.[12]) Mittelbare Beteiligung genügt nicht, sie kann höchstens unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks eine Unwirksamkeit des Widerspruchs herbeiführen. Auch die Anhänger einer wortgetreuen Interpretation des § 115 HGB. bestreiten nicht, daß unmittelbare Beteiligung die Wirksamkeit des Widerspruchs aufhebt. Damit erkennen sie aber die Berechtigung einer Gesetzesauslegung an, die sich nicht streng an den Wortlaut des Gesetzes anlehnt. Denn im Gesetz findet eine Einschränkung der Aktivlegitimation in diesem Umfange keinerlei Stützen. Wenn man sich an den Buchstaben

[11]) RGZ. 81, 94; Staub, Anm. 4 a a. E. zu § 115
[12]) S. S. 60, insbes. N. 13

des Gesetzes klammer wollte, müßte man auch dem unmittelbar Beteiligten das Recht zur Erhebung des Widerspruchs geben. Denn das Gesetz statuiert, daß eine Handlung zu unterbleiben hat, wenn Widerspruch dagegen erhoben wird. Die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung liegt auf der Hand. Das Gesetz muß sinn- und zweckgemäß unter Zugrundelegung der vom Gesetzgeber berücksichtigten Interessenlage ausgelegt werden. Da der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht im Hinblick auf das Sicherheitsinteresse geschaffen hat, darf dadurch das primäre Ziel der Einzelgeschäftsführung, die Förderung des Beschleunigungsinteresses nicht gefährdet werden. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist dem Widerspruch nur eine formale Wirkung zuzubilligen. Der Gesellschafter, der gegen einen Widerspruch gehandelt hat, muß sich so behandeln lassen, als habe er vorsätzlich oder konkret fahrlässig den Gesellschaftsvertrag verletzt, falls er nicht das Gegenteil nachweist. Gelingt ihm der Gegenbeweis, daß seine Handlung die Interessen der Gesellschafter gefördert hat, so kommt dem Widerspruch eine Rechtswirkung nicht zu. Der Widerspruch führt von sich aus keine materiellrechtlichen Wirkungen herbei. Die materiellrechtlichen Wirkungen sind nicht Folgen des Widerspruchs, sondern Folgen der Handlung. Sie können auch dann eintreten, wenn entweder gar kein Widerspruch erhoben wurde, oder wenn der erhobene Widerspruch etwa wegen Fehlens der Aktiv- oder Passivlegitimation nicht rechtswirksam ist.

Die Wirkungen des Widerspruchs treten nur zu Gunsten der Gesellschaft, nicht etwa auch zu Gunsten des gegen den Widerspruch handelnden Geschäftsführers ein. Dieser kann nicht etwa, wenn ein Widerspruch erhoben wurde, und die Handlung finanzielle Vorteile einbringt, erklären, daß diese Wirkungen ihm zugute kommen müßten, da infolge des Widerspruchs die Handlung, als für ihn vorgenommen, zu gelten habe. Es steht im freien Ermessen der Gesellschaft, ob sie von ihren Rechten auf Grund des Widerspruchs Gebrauch machen will oder nicht. Sie wird durch den Widerspruch nicht festgelegt. Das kann leicht zu einem Mißbrauch des Widerspruchsrechts führen, wenn man das Widerspruchsrecht soweit, wie es die herrschende Lehre will, auslegt. Der vorsichtige Geschäftsführer wird in jedem Falle Widerspruch einlegen und wenn die Handlung gut ausgeht, ihre Folgen für die Gesellschaft in Anspruch nehmen, wenn sie schlecht ausgeht, den Geschäftsführer verantwortlich machen. Einem derartigen Mißbrauch des Widerspruchsrechts kann nur durch die oben geforderte einschränkende Auslegung des § 115 gesteuert werden.

§ 15. Die einzelnen Rechtsfolgen des Widerspruchs

Die wichtigste Wirkung des Widerspruchs ist die oben dargestellte formale Rechtsfolge: Die gegen einen ordnungsmäßig erhobenen Widerspruch vorgenommene Handlung gilt als gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßend. Der Gesellschafter, der trotz Widerspruchs gehandelt hat, hat infolge dieser Wirkung des Widerspruchs eine ungünstige Stellung, besonders im Rechtsstreit, aber auch außerhalb des Rechtsstreits äußert sich die Wirkung des Widerspruchs zu Ungunsten des handelnden Gesellschafters darin, daß er immer damit rechnen muß, daß seine Handlung als gesellschaftswidrig behandelt wird. Die Handlung geht immer auf sein Risiko. Das wird in den meisten Fällen davon abhalten, eine mißbilligte Handlung vorzunehmen. Die Wirkung des Widerspruchs zeigt sich aber am deutlichsten im Rechtsstreit. Es tritt eine Umkehrung der Beweislast ein. Der Gesellschafter hat die Vermutung auszuräumen, daß die trotz Widerspruch vorgenommene Handlung ihn zum Schadensersatz verpflichtet. Bei der Unzulänglichkeit aller Beweismittel und bei der Schwierigkeit des Nachweises innerer Tatsachen, auf die es gerade auf dem Gebiete der Beziehungen der Gesellschafter zueinander häufig ankommen wird, ist es von ausschlaggebender Bedeutung, wer näher zum Beweis steht. Der Beweispflichtige hat immer die ungünstigere Stellung im Prozesse, sein Prozeßrisiko ist weit größer als das seines Gegners.

Wenn wir jetzt auf die materiell rechtliche Wirkung des Widerspruchs eingehen, so müssen wir dabei im Auge behalten, daß es eine materiell rechtliche Wirkung des Widerspruchs selbst nicht gibt, sondern daß die hier zu behandelnden Rechtswirkungen an jede gesellschaftsvertragswidrige Handlung geknüpft sind. Zunächst kann der Gesellschafter auf Grund einer solchen Handlung keine seiner Gesellschaftsrechte geltend machen. Er kann also keinen Ersatz der Aufwendungen verlangen, auf den er sonst nach § 669 BGB. Anspruch hätte. Er kann auch keine Befreiung von den durch die mißbilligte Handlung entstandenen Verbindlichkeiten seitens der Gesellschaft verlangen. Die Handlung begründet keinerlei Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages. Allerdings ist es möglich, daß dem Gesellschafter aus der mißbilligten Handlung trotz formaler und materiell rechtlicher Wirksamkeit des Widerspruchs, Ansprüche aus einem anderen Grund gegen die Gesellschaft erwachsen. Es kann sich dabei nur um außervertragliche Ansprüche handeln, in der Hauptsache um Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Wenn die Gesellschaft durch die mißbilligte Handlung auf Kosten des Gesellschafters bereichert ist, so ist sie zur Herausgabe dieser Bereicherung verpflichtet.[1])

[1]) § 812 ff. BGB.

Die Vornahme der mißbilligten Handlung macht den handelnden Gesellschafter schadensersatzpflichtig. Er hat der Gesellschaft den gesamten daraus erwachsenen Schaden zu ersetzen. Voraussetzung ist lediglich, daß zwischen der Handlung und dem Eintritt des Schadens ein Kausalzusammenhang besteht. Der Gesellschafter hat den gesamten Schaden der Gesellschaft zu ersetzen, das heißt deren gesamte Einbuße an Geldwert. Dazu gehört insbesondere auch, wie oben dargelegt, der Ersatz des Gewinns, der der Gesellschaft infolge der mißbilligten Handlung entstanden ist. Steht einmal der Kausalzusammenhang fest, so ist der Schaden zu ersetzen, gleichgültig, wie er im einzelnen zustandegekommen ist. Es erhebt sich hier die Frage, inwieweit Mitverschulden die Schadensersatzpflicht mindern oder ausschließen kann.[2]) Der Verletzte ist die Gesellschaft. Aus dem System der Einzelgeschäftsführung folgt, daß eine Berücksichtigung des Mitverschuldens schon deshalb nicht möglich ist, weil die Gesellschaft selbst nicht handlungsfähig ist und nur durch ihre Organe, die Geschäftsführer, oder Vertreter handeln kann. Nur deren Verhalten könnte also für die Frage in Betracht kommen, ob ein Mitverschulden vorliegt. Wenn man also ein Mitverschulden zuließe, so würde der Gesellschafter von seiner Ersatzpflicht dann frei, wenn einer der Geschäftsführer oder Vertreter ebenfalls seine Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag verletzt hätte. Die Gesellschaft würde dann bei pflichtwidrigem Verhalten seitens mehrerer Geschäftsführer schlechter gestellt sein, als wenn nur ein Gesellschafter seine Pflichten verletzt hätte. Da diese Schlußfolgerung unmöglich ist, kann ein Mitverschulden der Gesellschaft bei Bestehen eines Schadensersatzanspruches gegen einen Geschäftsführer nicht in Frage kommen. Dagegen sind die Regeln über Vorteilsausgleichung ohne weiteres auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft anzuwenden. Das hat auch das Reichsgericht in seiner in § 14 behandelten Entscheidung ausdrücklich festgestellt.[3]) Soweit die Gesellschaft aus der mißbilligten Handlung irgend einen Vermögensvorteil gezogen hat, mindert sich ihr Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe.

Fortgesetztes Handeln eines Geschäftsführers gegen Widersprüche, die materiell berechtigt sind, kann einen wichtigen Grund zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bilden. Aber auch diese Rechtsfolge kann nur eintreten, wenn der Gesellschafter nicht nur formal gegen den Widerspruch handelt, sondern wenn er durch sein Verhalten seine vertraglichen Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt. Wenn der Gesellschafter gegen einen unwirksamen Widerspruch fortgesetzt verstößt, so bildet ein solches Verhalten keinen wichtigen Grund im Sinne des § 117.

Ein fortgesetztes Handeln gegen einen materiell berechtigten Widerspruch kann auch ein Recht zur Kündigung der Gesellschaft im Sinne des § 133 HGB. bilden, wenn es als wichtiger Grund im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist.

---

[2]) § 254 BGB.
[3]) RGZ. 109, 61

Neben den oben behandelten Wirkungen des Widerspruchs zu Gunsten der Gesellschaft hat aber der Widerspruch noch eine Wirkung zu Gunsten des Widersprechenden. Die Kosten des Widerspruchs hat die Gesellschaft dem widersprechenden Gesellschafter zu ersetzen. Denn es handelt sich dabei um Aufwendungen, die er in Ausübung seiner Geschäftsführungsbefugnis gemacht hat und die ihm nach § 670 BGB. zu ersetzen sind. Zu ersetzen sind aber nur die Kosten eines materiell berechtigten und formal ordnungsmäßigen Widerspruchs. Wegen dieser Aufwendungen hat die Gesellschaft ein Rückgriffsrecht gegen den Gesellschafter, der vorsätzlich oder fahrlässig Veranlassung zum Widerspruch gab. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch dann bestehen, wenn der Widerspruch beachtet wird und die mißbilligte Handlung unterbleibt. Denn die Verpflichtung zum Schadensersatz kann in dem Verhalten begründet sein, das zur Erhebung des Widerspruchs Veranlassung gegeben hat. Der Regreßanspruch gegen den Gesellschafter besteht aber besonders dann, wenn dieser trotz des Widerspruchs die Handlung vornimmt. Dann gehören die von der Gesellschaft an den widersprechenden Gesellschafter zu ersetzenden Kosten des Widerspruchs zu dem Schaden, den der handelnde Gesellschafter auf Grund seines vertragswidrigen Verhaltens zu ersetzen hat.

Was die Rechtswirkungen des materiell unberechtigten Widerspruchs anbelangt, so hat dieser, wie oben dargelegt, keinerlei Rechtsfolgen zu Ungunsten des Geschäftsführers, der die mißbilligte Handlung vorgenommen hat, keinerlei Nachteile erwachsen ihm aus der Vornahme der Handlung. Damit ist aber nicht gesagt, daß der materiell unberechtigte Widerspruch überhaupt keine materiell rechtlichen Wirkungen hat. Der unberechtigte Widerspruch kann vielmehr unter Umständen eine vertragswidrige Handlung darstellen, die gegen den Widersprechenden alle Rechtsfolgen haben kann, die aus einer vertragswidrigen Handlung entstehen können. Durch den unberechtigten Widerspruch können zu Ungunsten des Widersprechenden alle die Wirkungen eintreten, die oben als Rechtsfolgen der Vornahme einer Handlung dargestellt wurden, gegen die Widerspruch mit materiellrechtlicher Wirkung erhoben wurde.

Der Widersprechende kann auf Grund des Widerspruchs keinerlei Rechte für sich in Anspruch nehmen. Er kann insbesondere nicht den Ersatz der durch den Widerspruch ihm entstandenen Kosten seitens der Gesellschaft oder des handelnden Gesellschafters verlangen. Die wichtigste Folge eines unberechtigten Widerspruchs kann aber sein, daß der Widersprechende auf Grund des Widerspruchs der Gesellschaft den Schaden zu ersetzen hat, der ihr durch die unberechtigte Erhebung des Widerspruchs entstanden ist. Diese Schadensersatzpflicht kann aber nur bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen eines gesellschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruches entstehen. Der Widerspruch muß nicht nur kausal für den Eintritt des Schadens gewesen sein, dem Widersprechenden muß vielmehr auch ein gesellschaftsrechtliches Verschulden zur Last fallen. Schon der Kausalzusammenhang wird nicht immer leicht nachzuweisen sein, besonders dann nicht, wenn auch dem handelnden Gesellschafter bzw. dem Gesellschafter, der zur Vor-

nahme der in Frage stehenden Handlung verpflichtet gewesen wäre, ein Verschulden trifft. Es kann dan fraglich sein, ob der Schaden durch die Erhebung des Widerspruchs oder aber durch eine von dem Widerspruch völlig unabhängige vertragswidrige Unterlassung eines anderen Gesellschafters entstanden ist. Häufig werden in solchen Fällen beide Gesellschafter der Widersprechende, wie auch der, der die Handlung hätte vornehmen müssen, nebeneinanedr der Gesellschaft schadensersatzpflichtig sein. Die Vermutung spricht in solchen Fällen, wenn einmal nachgewiesen ist, daß der Widerspruch materiell nicht berechtigt war, gegen den Widersprechenden. Die anderen Gesellschafter dürfen bei Erhebung eines Widerspruchs in der Regel damit rechnen, daß der Widerspruch auch materiell rechtlich wirksam ist, ein Verschulden wird dem Gesellschafter, der eine mißbilligte Handlung unterlassen hat, wegen dieser Unterlassung nur schwer nachzuweisen sein. Auch Staub[4]) führt aus, daß unsachgemäßer Widerspruch zum Schadensersatz verpflichten kann und dann, wenn er wiederholt und schikanös erhoben wird, einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft oder zur Ausschließung des Gesellschafters bilden kann. Damit ist auch eine weitere Folge des unberechtigten Widerspruchs gegen den Widersprechenden berührt. Die Erhebung des Widerspruchs kann ebenso, wie die oben behandelte Vornahme einer mißbilligten Handlung einen wichtigen Grund für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder für die Auflösung der Gesellschaft bzw. Ausschließung des widersprechenden Gesellschafters bilden. Staub führt richtig aus, daß diese Folge besonders dann eintreten wird, wenn der Widerspruch wiederholt und schikanös erhoben wird. Unbedingt notwendige Voraussetzung ist dies aber nicht. Ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 117, 133 HGB. kann auch gegeben sein, wenn seitens eines Gesellschafters nur einmal, aber in einem besonders wichtigen Falle und in einer kraß gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßenden Weise, Widerspruch erhoben wird. Voraussetzung dieser Rechtsfolgen ist aber immer, daß der Widersprechende durch die Erhebung des Widerspruchs vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen den Gesellschaftsvertrag verstoßen hat.

[4]) Anm. 5 zu § 115

§ 16. Schlußbetrachtungen

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft im allgemeinen und das der Geschäftsführung der o.H.G. im besonderen steht heute im Zeitalter der Kapitalkonzentration und der Kapitalgesellschaften nicht im Mittelpunkt des allgemeinen Interesses. Wissenschaft und Gesetzgebung haben sich in den letzten Jahren in ausgiebigem Maße mit dem Recht der Aktiengesellschaft und der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft befaßt. Erst in allerjüngster Zeit hat die Reichsgesetzgebung auf dem Wege der Notverordnung das Recht der Aktiengesellschaft in grundlegenden Punkten geändert.[1])

Das Recht der Aktiengesellschaft interessiert wegen der Natur der Aktie als eines variablen, börsengängigen Wertpapiers weite Kreise. Das Interesse der Allgemeinheit und des Gesetzgebers wurde noch gestärkt durch die Mißbräuche, die sich bei den Aktiengesellschaften unter der Einwirkung der Inflation einbürgerten. In jeder heute erscheinenden Entscheidungssammlung und fast in jeder zivilistischen Zeitschrift stehen aktienrechtliche Probleme zur Debatte.

Neben den Fragen des Aktienrechts spielen die Rechtsprobleme der offenen Handelsgesellschaft eine äußerst bescheidene Rolle. Wie selten hat z. B. das Reichsgericht in den letzten 20 Bänden der amtlichen Entscheidungsversammlung Rechtsfragen der offenen Handelsgesellschaft und besonders der Geschäftsführung der o.H.G. behandelt. Eine grundlegende Entscheidung stellt auf diesem Gebiete lediglich die im Laufe dieser Arbeit wiederholt erwähnte in RGZ. 109 S. 58 ff. dar. Und doch verlohnt es sich, auch die o.H.G. und ihr Geschäftsführungsrecht einmal näher zu untersuchen. Zunächst schon deshalb, weil auch heute noch eine große Anzahl führender Firmen sich der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft bedienen und viele Hundert Millionen deutschen Volksvermögens in offenen Handelsgesellschaften investiert sind. Einen weiteren Grund, der auch heute noch die Beschäftigung mit Rechtsproblemen der o.H.G. rechtfertigt, bildet der Umstand, daß die o.H.G. als die älteste und einfachste Gesellschaftsform in gewissem Sinne das Urbild der übrigen Gesellschaftsformen darstellt. Die Rechtsprobleme der o.H.G. treten mehr oder minder modifiziert auch bei den übrigen Gesellschaften zutage. Das gilt auch für das Recht der inneren Geschäftsbeziehungen, die in der vorliegenden Arbeit behandelt wurden.

Das HGB. hat das Recht der Geschäftsführung der o.H.G. nur in wenigen

[1]) V. des Reichspräsidenten über Aktienrecht etc. vom 19. September 1931 (RGB. I, S. 493 ff.)

knappen Bestimmungen behandelt. Nur ein Satz bestimmt die Rechtsfolgen der Erhebung eines Widerspruchs. Trotzdem es sich der Gesetzgeber auf diesem Gebiete verhältnismäßig leicht gemacht hat, haben sich im allgemeinen die gesetzlichen Regeln als ausreichend erwiesen. Nahezu alle Zweifelsfragen, die auf dem Gebiete des Geschäftsführungsrechts der o.H.G. zutage traten und die im Laufe dieser Arbeit behandelt wurden, sind weniger auf eine mangelhafte gesetzgeberische Regelung zurückzuführen, als vielmehr darauf, daß die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes nicht richtig und sinnentsprechend ausgelegt wurden. Man versucht mit rein logischen Argumenten zu einer Entscheidung zu kommen und gelangt dadurch häufig zu völlig zweckwidrigen Ausdeutungen der einzelnen Rechtsbegriffe. Das gilt besonders für die herrschenden Anschauungen über die Bedeutung des Widerspruchsrechts. Man erblickt darin ein Recht, das jedem Gesellschafter zusteht und das man mit anderen Rechten, z. B. dem Recht auf Gewinnbeteiligung, auf die gleiche Stufe stellt. Diese Anschauung bringt es mit sich, daß man auch dem materiell unberechtigten und schikanösen Widerspruch, sofern es sich nur nicht um einen schikanösen Widerspruch im engeren Sinne handelt, Rechtswirkung verleiht. Wir hatten bereits Gelegenheit darzulegen, daß die hier gekennzeichnete Auffassung vom Widerspruch mit all ihren Konsequenzen aus guten Gründen abzulehnen ist. Abzulehnen ist aber auch die weit verbreitete Anschauung, daß allein der Umstand, der Erhebung eines Widerspruchs durch einen dazu befugten Geschäftsführer materiellrechtliche Wirkung im Gefolge hat. Auch diese Anschauung ist wohl darauf zurückzuführen, daß man die Widerspruchsbefugnis als ein absolutes Recht eines jeden Gesellschafters ansieht, sofern er überhaupt geschäftsführungsbefugt ist.

Zu einer sinngemäßen und zweckentsprechenden Auslegung der Geschäftsführung und des Institutes des Widerspruchs wird man nur dann kommen können, wenn man von der dem Gesetz zugrundeliegenden Interessenabwägung ausgeht. Das Gesetz hat als Regelfall der Geschäftsführung die Einzelgeschäftsführung gewählt. Es hat damit zum Ausdruck gebracht, daß ihm in erster Linie an einer raschen Erledigung der Gesellschaftsgeschäfte gelegen ist. Das Widerspruchsrecht ist lediglich als Kontrollmöglichkeit in das System der Einzelgeschäftsführung eingebaut. Nur die Gefahren, die aus der weitgehenden Handlungsbefugnis jedes Geschäftsführers erwachsen könnten, sollen mit Hilfe des Widerspruchsrechts gemindert werden. Die rein materielle Auffassung des Widerspruchsrechts, als eines *Rechtes* führt aber dazu, daß das nur zur Kontrolle gegebene Widerspruchsrecht die Verwirklichung des Beschleunigungsinteresses vereitelt, die dem Gesetzgeber als eigentliches Ziel der Einzelgeschäftsführung vorgeschwebt hat. Bei Berücksichtigung der im Laufe dieser Arbeit immer wieder berührten vom Gesetzgeber beabsichtigten Interessenverteilung lassen sich die auf dem Gebiete des Geschäftsführungsrechts und besonders des Widerspruchsrechts auftretenden Streitfragen zwanglos lösen. Das gilt für die Behandlung eines Widerspruchs, der schikanös im weiteren Sinne ist, das gilt

auch für die Fragen der Wirkungen eines Widerspruchs für und gegen den Widersprechenden.

Diese Betrachtungsweise muß aber zwangsläufig dazu führen, dem Widerspruch nur eine formale, prozessuale Bedeutung zuzumessen. Denn der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des Widerspruchsrechts, wie schon oben dargelegt, nicht im entferntesten daran gedacht, den Geschäftsführern der Gesellschaft damit ein selbständiges um seiner selbstwillen verliehenes Recht zur Verfügung zu stellen, das mit anderen Gesellschaftsrechten, etwa dem Recht auf Gewinnbeteiligung, auf die gleiche Stufe gestellt werden könnte. Der Gesetzgeber hat vielmehr in der Hauptsache nur eine Umkehrung der Beweislast erstrebt, das Widerspruchsrecht ist ein Rechtsinstitut von formaler Bedeutung.

Man mag das Problem der Geschäftsführung bei der o.H.G., von welcher Seite nur immer auffassen, immer wieder kommt man zum Ergebnis, daß seine Bedeutung in jeder Hinsicht beschränkt ist und daß es verfehlt ist, die Bedeutung dieses als Regulativ gedachten Rechtsinstituts durch ein starres Festhalten am Wortsinn des Gesetzes zu übersteigern und den Gesamttyp der Einzelgeschäftsführung seiner vom Gesetzgeber gewollten Tendenz zu entfremden und gleichzeitig gegen die Bedürfnisse der Praxis zu verstoßen.

Lebenslauf

Am 22. Mai 1906 bin ich zu Pirmasens als Sohn der Kaufmannseheleute Max und Emma Weil, geb. Wolf, geboren. Nach Besuch der Volksschule, 1913 bis 1916, und des hum. Gymnasiums Pirmasens, 1916 bis 1925, legte ich im Frühjahr 1925 die Reifeprüfung ab. Ich studierte an den Universitäten München 4 Semester, Berlin 2 Semester und Tübingen 2 Semester Rechtswissenschaft. Im Wintersemester 1929 bestand ich die juristische Universitätsschlußprüfung an der Universität München. Nach Zurücklegung des dreijährigen Vorbereitungsdienstes unterzog ich mich im April 1932 der bayerischen Staatsprüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in München.